

UNIVERSITÉ DE LYON — FACULTÉ DE DROIT

Évolution de la Séparation de Corps

DANS LA

LÉGISLATION et la JURISPRUDENCE FRANÇAISES



THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE DEVANT LA

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON

Le 12 Juin 1901

PAR

Léon COUDEYRETTE

LAURÉAT DE L'ASSOCIATION DES ANCIENS ÉTUDIANTS EN DROIT



LYON

IMPRIMERIE MOUGIN-RUSAND, WALTENER & C^{ie} SUCCESSEURS

3, RUE STELLA, 3

—
1901



Digitized by the Internet Archive
in 2026

ÉVOLUTION de la SÉPARATION de CORPS

DANS LA

Législation et la Jurisprudence françaises

UNIVERSITÉ DE LYON — FACULTÉ DE DROIT

Évolution de la Séparation de Corps

DANS LA

LÉGISLATION et la JURISPRUDENCE FRANÇAISES



THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE DEVANT LA

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON

Le 12 Juin 1901

PAR

Léon COUDEYRETTE

LAURÉAT DE L'ASSOCIATION DES ANCIENS ÉTUDIANTS EN DROIT



LYON

IMPRIMERIE MOUGIN-RUSAND, WALTENER & C^{ie} SUCCESSIONS

3, RUE STELLA, 3

—
1901

UNIVERSITÉ DE LYON

FACULTÉ DE DROIT

MM.

CAILLEMER, O. ✱, I. ✱, professeur de Droit civil, Doyen.
MABIRE, ✱, I. ✱, professeur honoraire.
THALLER, I. ✱, professeur honoraire.
AUDIBERT, I. ✱, professeur honoraire.
GARRAUD, I. ✱, professeur de Droit criminel.
APPLETON (Charles), I. ✱, professeur de Droit romain.
FLURER, I. ✱, professeur de Droit civil.
ROUGIER, ✱, I. ✱, professeur d'Économie politique.
COHENDY, ✱, I. ✱, professeur de Droit commercial.
PIC, I. ✱, professeur de Droit international public.
BARTIN, I. ✱, professeur de Droit civil.
APPLETON (Jean), A. ✱, professeur de Droit administratif.
LAMBERT, professeur d'Histoire du Droit.
BOUVIER, professeur-adjoint, chargé des cours de Science
et Législation financières.
LAMEIRE, agrégé, chargé du cours d'Histoire du Droit public.
JOSSE RAND, agrégé, chargé du cours de Procédure civile.
BROUILHET, agrégé, chargé du cours d'Histoire des Doctrines
économiques.
HUVELIN, agrégé, chargé d'un cours de Droit romain.
BECQ, A. ✱, secrétaire.

JURY DE LA THÈSE

MM. BOUVIER, Professeur-adjoint, Président.

CAILLEMER, Doyen,	} Assesseurs.
JOSSE RAND, Agrégé,	

INDEX BIBLIOGRAPHIQUE

Ouvrages généraux.

- C. ACCARIAS. — *Précis de droit romain*, 1886, t. premier, p. 240 et suiv.
- E. ACOULAS. — *Manuel de droit civil*, 1869, t. premier, p. 259 et suiv.
- AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français*, 1872, t. V, § 473 et suiv.
- Ch. BEUDANT. — *Cours de droit civil français*, 1897, t. II, p. 87 et suiv.
- C. DEMOLOMBE. — *Cours de Code Napoléon*, 1874 : *Traité du mariage et de la séparation de corps*, t. II, p. 435 et suiv.
- DURANTON. — *Cours de droit français suivant le Code civil*, 1844, t. II, p. 475 et suiv.
- FENET. — *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 1827, t. IX.
- E. GARSONNET. — *Traité théorique et pratique de procédure*, 1897, t. VI, § 1360 et suiv.
- GIRARD. — *Manuel élémentaire de droit romain*, 1896, p. 152 et suiv.

- Th. HUC. — *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, 1892, t. II, p. 463 et suiv.
F. LAURENT. — *Principes de droit civil*, 1870, t. III, p. 363 et suiv.
LOCRÉ. — *Esprit du Code Napoléon*, 1805-1808, t. IV.
VIGIÉ. — *Cours élémentaire de droit civil français*, 1890, t. premier, p. 267 et suiv.
VIOULET. — *Histoire de droit civil français*, 1893, p. 443 et suiv.

Traité spécial et monographies.

- E. BOUVIER. — *Revue critique* 1894, p. 42 et suiv.
P. BUREAU. — *Revue critique* 1893, p. 223 et suiv.
A. CARPENTIER. *Traité théorique et pratique du divorce*, 1889.
J. CHARMONT. — *Revue critique* 1892, p. 71 et suiv.
II. COULON. — *Le divorce et la séparation de corps*, 1890-1893.
FRÉMONT. — *Traité pratique du divorce et de la séparation de corps*, 1885.
E. GLASSON. — *Le mariage civil et le divorce dans les principaux pays de l'Europe*, 1879.
J. HITIER. — Le développement de la jurisprudence en matière de divorce (*Annales de l'Université de Grenoble*, 1894 et 1895).
Ch. MASSIGLI. — *Revue critique* 1884, p. 244.
— — — 1885, p. 215 et suiv.
— — — 1886, p. 209 et suiv.
— — — 1890, p. 449 et suiv.
— — — 1894, p. 129 et suiv.

MASSOL. — *De la séparation de corps*, 1875.

MORÆL. — *De la conversion de la séparation de corps en divorce*, thèse 1888.

PLANIOL. — *Revue critique* 1887, p. 705 et suiv.

— — — 1889, p. 549 et suiv.

POTHIER. — *Traité du contrat de mariage*, édition Bugnet, 1861, sixième partie, ch. III.

PROUDHON. — *Traité sur l'état des personnes*, 1842-1843, t. premier, p. 529 et suiv.

SAINT-MARC. — *Revue critique* 1885, p. 120 et suiv.

— — — 1885, p. 227 et suiv.

F. SURVILLE. — *Revue critique* 1893, p. 223 et suiv.

Louis THIÉNOT. — *Revue critique* 1893, p. 372 et suiv.

On ne se propose pas ici une étude de la séparation de corps en elle-même, dans sa réglementation et son fonctionnement tels qu'ils résultent des textes actuellement en vigueur. Cet essai a pour but spécial, envisageant la séparation de corps dans ses rapports avec le divorce, d'étudier un mouvement de jurisprudence et de législation qui tend à modifier le caractère et le rôle de cette institution et à lui donner un aspect nouveau très sensible depuis la loi de 1893. On ne s'arrêtera aux détails qu'autant qu'ils mettront en jeu la nature même de l'institution et seulement pour noter la conception générale d'où ils découlent. Enfin, comme l'indique son titre, cette étude se restreint au droit français.

INTRODUCTION

La diversité des opinions sur le caractère de l'union matrimoniale laisse en dehors d'elle un point de fait devant lequel doivent s'incliner tous les principes : il est des cas où la vie commune devient intolérable et où les conjoints, dans l'impossibilité de vivre ensemble, sont obligés de se séparer. Quel que soit, en effet, le fondement philosophique du mariage, il est et reste toujours une institution légale, correspondant à une situation déterminée ; et il devra tout au moins subir une modification si cette situation vient à changer. Ce n'est pas le droit qui gouverne la nature des choses, mais la nature des choses qui gouverne le droit. Sans doute on pourra discuter sur l'importance de la modification que le mariage devra subir ; on pourra se demander s'il convient d'aller jusqu'à l'anéantir ou s'il suffit d'en faire disparaître certaines obligations. Mais sur la nécessité d'un changement dans les rapports juridiques des époux on ne saurait être en désaccord. Aussi les législations de tous temps et de tous

pays ont-elles établi à côté du mariage une ou plusieurs institutions destinées à l'entamer ou à le détruire. Celles-là même qui le considèrent comme intangible et sacré admettent dans quelques cas la suppression de certains devoirs qu'il engendre.

C'est l'une de ces institutions qui fait l'objet de cette étude. Actuellement, le droit français, pour parer à une nécessité si évidente, reconnaît et réglemente deux moyens parallèles : le divorce et la séparation de corps. Le caractère distinctif de chacun d'eux est bien connu : le divorce rompt le lien matrimonial ; la séparation de corps permet aux époux de ne plus vivre en commun tout en restant unis.

On s'efforcera, dans un premier paragraphe de cette introduction, après avoir fixé d'une manière plus précise la notion de la séparation de corps, d'étudier théoriquement ses rapports avec le divorce, de montrer comment elle peut, dans une législation, exister seule ou avec cette autre institution plus radicale ; comment aussi ses rapports avec elle peuvent varier dans une législation qui les admet toutes les deux. Dans un deuxième paragraphe, passant à l'étude du droit positif, on verra, après un court aperçu historique sur la séparation de corps, envisagée dans ses rapports avec le divorce, quelles ont été à cet égard les idées des rédacteurs du Code civil et quel est le caractère de la séparation de corps telle qu'ils l'ont conçue ; posant ensuite la question qui fait l'objet même de ce travail, on donnera par avance un aperçu de ce qu'est devenue la séparation de corps au cours du siècle.

I

Les définitions de la séparation de corps données par les auteurs prouvent bien que le double écueil à éviter, si l'on tente une définition, est de la faire trop large ou trop étroite. Elles se ramènent à deux types. L'un, pour ne rien compromettre en fixant de prime abord les effets précis de la séparation se contente d'une formule exacte mais flottante et parle d'un relâchement de lien conjugal. « L'autre s'attachant, au contraire, à déterminer le trait essentiel de l'institution nous apprend que la séparation de corps est l'état où se trouvent placés deux époux entre lesquels a cessé l'obligation de vivre en commun que le mariage leur imposait (1) »

Il est vrai que la séparation de corps entraîne un relâchement du lien conjugal, mais quel est au juste ce relâchement ? Il est vrai aussi qu'elle fait cesser l'obligation de vie commune, et son nom même indique, bien que tel en est l'effet essentiel, celui qu'elle produit toujours. Mais elle en peut produire bien d'autres et si la plupart dérivent de celui-là encore en est-il qu'on ne peut y rattacher, par exemple la privation du droit successoral et généralement toutes les déchéances. Tous ces effets, la définition devrait les faire pressentir.

(1) Aubry et Rau, *Cours de Droit civil français*, 1872, t. V, § 489.

Pour satisfaire à ces exigences diverses, nous dirions volontiers que la séparation de corps est « une institution qui, sans rompre le mariage, fait cesser au moins l'obligation de vie commune qu'il imposait aux époux ». Cette définition nous semble délimiter assez exactement le domaine de la séparation de corps en indiquant d'une part le minimum d'effets qu'elle doit produire, à moins de ne pas exister, et le maximum qu'elle ne peut dépasser, à moins de se confondre avec le divorce.

C'est qu'en effet ce sont là deux institutions — voisines dans leur cause et leur application, différentes dans leur résultat juridique et social — entre lesquelles la comparaison s'impose à chaque instant précisément parce qu'elles présentent à la fois d'étroits rapports et des différences profondes. Toutes deux ont pour but, comme on l'a dit, de mettre fin à une situation intolérable en sanctionnant légalement une modification survenue dans les rapports entre conjoints. Mais, l'une apparaît comme un remède radical et définitif, l'autre comme un palliatif plus doux et peut-être momentané. L'une s'attaque au mariage lui-même et le dissout. L'autre atteint seulement quelques-uns des effets de ce mariage malheureux. Dès lors on conçoit que si chacun de ces remèdes peut se suffire, en ce sens, du moins qu'une législation peut ne connaître que l'un d'eux, rien ne s'oppose à ce qu'ils coexistent dans un même pays, car d'une part ils ne sont pas incompatibles et, de l'autre, ils ne se confondent point.

Trois types de législation sont donc possibles à cet égard, et l'histoire en effet nous offre des exemples de chacun d'eux : celles qui n'admettent que le divorce ;

celles qui n'admettent que la séparation de corps ; celles qui admettent à la fois le divorce et la séparation de corps. Bien plus, une même législation — l'histoire est encore là pour le montrer — peut, en se transformant au cours des âges, passer de l'un à l'autre de ces trois groupes.

Les raisons pour adopter tel système de préférence aux autres ont été souvent exposées et pesées. Il y a d'abord, au seuil même de cette discussion, la question du fondement humain ou théocratique de l'union conjugale ; puis — et pour n'envisager que le mariage civil — la question se pose de son indissolubilité. Cette question une fois résolue, il y a celle des intérêts de la famille. Enfin s'élève la question des avantages et des inconvénients sociaux du divorce et de la séparation de corps. Cette discussion n'entre pas dans le cadre que nous nous sommes tracé. Aussi bien, ne reste-t-il plus grand'chose à dire sur la matière. Observons seulement qu'à l'exception de celles qui ne sont pas dégagées de toute influence religieuse (1), les législations modernes admettent à la fois le divorce et la séparation de corps (2).

(1) L'Italie, l'Espagne, le Portugal et la plupart des Etats de l'Amérique du Sud n'admettent que la séparation de corps (influence catholique romaine), parfois d'ailleurs sous le nom de divorce ; la Russie, la Roumanie et la Serbie n'admettent que le divorce (influence catholique orthodoxe).

(2) L'Allemagne, l'Angleterre, la Belgique, la Hollande, la Suisse, le Danemark, la Suède, la Norvège et la plupart des Etats-Unis d'Amérique reconnaissent le divorce et la séparation de corps.

Pour s'en tenir maintenant aux législations de ce groupe, il est facile de concevoir que les rapports entre les deux institutions ne seront pas les mêmes partout et toujours ; ils peuvent varier avec les pays, et dans chaque pays varier avec le temps. Pour noter leurs variations possibles sans sortir du domaine théorique et rationnel, négligeant un point de vue tout spécial qui a conduit certaines législations à réserver le divorce à une catégorie de personnes et la séparation aux autres (1), nous envisagerons ces rapports au point de vue du rôle des deux institutions, au point de vue des causes qui en provoquent l'application, de la procédure qui les met en œuvre et des effets qu'elles produisent.

A raison des effets radicaux du divorce, les époux divorcés se trouvent dans une situation bien nette : le mariage est rompu et ils peuvent contracter une nouvelle union. En somme, s'il n'existe aucun enfant de l'union dissoute, ils sont, du moins quant à leur personne, comme s'ils n'avaient jamais été mariés. La situation des époux séparés présente au contraire un caractère hybride. Voilà deux personnes qui sont toujours mariées, qui ne peuvent contracter une nouvelle union, qui sont même strictement tenues à la fidélité conjugale, et qui, cependant, sont légalement dispensées de vivre en commun. Le mari pourra aller fixer sa résidence où il lui plaira : la femme ne sera plus

(1) L'Autriche reconnaît le divorce et la séparation de corps, mais n'autorise pas le divorce pour les catholiques. Alors même qu'un seul des époux est catholique, le divorce est interdit.

obligée de le suivre et, si elle le suit, il ne sera plus obligé de la recevoir. En vérité, n'est-ce point là un étrange mariage puisque mariage il y a ?

On comprend, dès lors, la possibilité de deux systèmes législatifs sur le rôle respectif de la séparation de corps et du divorce. L'un, tandis qu'il fera du divorce une institution durable, définitive, ne considérera la séparation que comme une institution temporaire, transitoire, devant aboutir à la rupture complète ou au rétablissement intégral du mariage. Il en fera une sorte de stage en vue du divorce ou de la réconciliation. Au bout d'un certain temps, si les époux ne consentent à se réunir, le divorce succédera à la séparation de corps, soit de plein droit, soit sur la demande de l'un des conjoints. L'autre système, tenant moins compte du caractère indécis de la situation des époux séparés; ou plutôt précisant cette situation et la rendant plus durable en donnant aux effets de la séparation de corps plus d'étendue, la considérera elle aussi comme une institution définitive et portant en elle-même sa fin. Sans doute, elle pourra toujours cesser par la réconciliation, puisque, le mariage existant toujours, rien autre que leur désaccord ne s'oppose au rapprochement des époux. Mais elle n'aboutira pas forcément au divorce. Tout d'abord, le divorce ne lui succédera jamais de plein droit; enfin, si on en autorise la demande sans cause nouvelle, en d'autres termes si l'on permet à l'un des époux, par le seul fait qu'un laps de temps déterminé s'est écoulé depuis la séparation, à demander la conversion de cette séparation en divorce, la conversion

ne résultera pas forcément de la demande, le juge appréciera. Il pèsera les motifs, examinera les circonstances, supputera les chances de réconciliation et pourra rejeter la demande, s'il le juge à propos. Ainsi la séparation de corps ne sera plus une phase du divorce ou un simple incident du mariage, comme dans le premier système. Ce sera une institution autonome, d'un caractère durable, une sorte de petit divorce produisant des effets moins graves, moins irréparables que le grand.

Le divorce et la séparation de corps peuvent donc, quant à leur caractère et à leur rôle, ne pas avoir entre eux les mêmes rapports dans toutes les législations.

Ces rapports peuvent aussi varier, en ce qui concerne leurs causes. On peut imaginer, à ce point de vue, une loi qui assimile les deux institutions et pose, en principe, que les faits susceptibles de donner ouverture à une demande en divorce motiveront une demande en séparation de corps, et réciproquement. On peut imaginer, au contraire, une loi qui réserve à chacune de ces demandes ses causes spéciales et détermine certains faits pouvant motiver un divorce, certains autres une séparation. On peut enfin imaginer une loi qui, combinant les règles précédentes, admette certaines causes communes aux deux demandes et certaines autres spéciales à chacune d'elles.

Quant à la procédure, elle peut ne pas être la même dans l'un et l'autre cas à raison même du but si différent qui est poursuivi. Ne peut-on pas, par exemple,

réserver au divorce la compétence spéciale de certaines juridictions, offrant de plus grandes garanties, de même que certaines exigences de procédure qui sembleraient superflues au cas de séparation de corps ?

Mais — et c'est là le point essentiel — les deux institutions peuvent varier dans leurs effets et présenter, à cet égard, une plus ou moins grande analogie. Assurément les effets du divorce, étant donné leur caractère absolu et radical, ne sauraient varier beaucoup. Mais le second terme du rapport est, au contraire, essentiellement variable, car le simple relâchement du lien matrimonial peut se faire plus ou moins sentir. Les effets de la séparation de corps s'échelonnent, comme nous l'avons dit, entre un maximum et un minimum ; elle peut, en d'autres termes, s'éloigner ou se rapprocher du divorce. Il est une conséquence du mariage qu'elle fera toujours disparaître : c'est l'obligation de vivre en commun. Mais la femme séparée de corps aura-t-elle par exemple un domicile légal distinct de celui du mari ? Recouvrera-t-elle la capacité d'une femme célibataire ? Les devoirs d'assistance et de secours cesseront-ils entre les conjoints ? Tous ces effets ne tiennent pas étroitement à la notion de séparation de corps. Telle législation pourra les reconnaître, telle autre les écarter. Telle législation ira jusqu'à réduire, en ce cas, les effets du mariage à la seule obligation de fidélité. Elle pourra même ne plus sanctionner cette obligation au cas de simple adultère, mais seulement au cas de bigamie.

C'est l'évolution de la séparation de corps par rapport au divorce que nous aurons à étudier dans la

législation et la jurisprudence françaises. Mais il faut auparavant retracer en quelques mots l'histoire de la séparation de corps pour voir ensuite ce qu'elle était dans le Code civil avant les réformes qui ont été faites depuis 1804.

II

La séparation de corps est d'origine relativement récente. Les législations anciennes ne connaissaient que le divorce, un divorce d'ailleurs assez peu comparable à l'institution moderne (1). Le principe de l'indissolubilité du mariage ne date guère que de l'apparition du christianisme.

Mais le divorce était à Rome tellement dans les mœurs que l'Eglise ne parvint pas à en obtenir la prohibition complète, même des empereurs chrétiens. Son influence n'aboutit qu'à l'abolition du divorce sans juste motif, du divorce par consentement mutuel. Chez les barbares, au contraire, l'indissolubilité eut bien moins de peine à prévaloir malgré les controverses qui ont pu, jusqu'au xvi^e siècle, s'élever sur l'existence de ce dogme (2). Quoi qu'il en soit de ces

(1) Il revêtait souvent la forme de la répudiation.

(2) Les paroles du Christ sur ce point n'ont pas été rapportées d'une manière identique par les Évangélistes. Du texte de saint Marc et de saint Luc il résulterait une prohibition absolue du divorce, du texte de saint Mathieu la possibilité pour le mari de répudier sa femme adultère. — « *Omnis qui dimittit uxorem suam et alteram ducit, mœchatur; et qui dimissam a viro ducit mœchatur.* » (St Luc, XVI, 18). — « *Quicumque dimiserit uxorem suam et aliam duxerit adulterium committit super eam. Et si uxor dimiserit virum suum*

controverses d'où résulte encore une divergence entre l'Eglise romaine d'une part, l'Eglise d'Orient et le protestantisme de l'autre, la prohibition du divorce est définitivement édictée au concile de Trente et la séparation de corps devient la seule ressource des catholiques malheureux dans leur union. A vrai dire il subsistait encore certaines exceptions (1) et en outre on multiplia les causes d'annulation du mariage de façon à tourner le principe de l'indissolubilité par celui de l'annulabilité. Mais le fait même qu'il subsistait des exceptions et qu'on cherchait à le tourner prouve que le principe était bien vivant. Depuis lors, l'Eglise n'a pas varié. Aujourd'hui encore elle n'admet point que les hommes puissent rompre une union que Dieu a formée : la séparation de corps est la seule institution qu'elle connaisse.

La séparation de corps — tout au moins à partir du ^{xvii}^e siècle — a donc seule fonctionné avec l'annulation du mariage, dans notre ancien droit qui se trouvait à cet égard sous la dépendance de l'Eglise, dont les tribunaux étaient seuls compétents en la matière. Elle avait à peu près le même aspect que sous le Code civil, sauf que les causes n'en étaient pas déterminées d'une

et alii nupserit mœchatur. » (St Marc, X, 11, 12). — « *Dico autem vobis quia quicumque dimiserit uxorem suam, nisi ob fornicationem, et aliam duxerit mœchatur et qui dimissam duxerit mœchatur.* » (St Mathieu XIX, 9).

(1) Le pape peut dissoudre le mariage, s'il n'a pas été consommé. Il peut dissoudre le mariage même consommé dans deux cas : 1^o si deux infidèles étant mariés l'un vient à se faire baptiser et que l'autre refuse de cohabiter à la suite de cette conversion ; 2^o si l'un des époux veut entrer en religion.

manière aussi précise et qu'elle ne pouvait bien entendu cesser par conversion en divorce.

Cet état de choses dura jusqu'à la Révolution. Il se produisit alors une réaction violente qui bouleversa les principes du mariage. On ne se contenta pas d'en faire un acte purement civil — ce qui ne touche en rien à son caractère indissoluble — on en fit un contrat ordinaire, analogue aux contrats que la loi réglemente dans le régime des biens, au louage par exemple ou à la société. Il s'ensuivit d'abord que le mariage put désormais, comme tout contrat, être rompu par le simple accord des volontés qui avait suffi à le former; il s'ensuivit en outre qu'il était rompu lorsque l'un des cocontractants ne remplissait pas correctement les obligations que le mariage lui imposait. Ce point de vue nouveau est à n'en pas douter celui de la loi du 20 septembre 1792 qui rétablit le divorce et supprima la séparation de corps. Au surplus, le rétablissement du divorce découlait si directement des nouveaux principes du mariage et de son assimilation aux autres contrats que la loi, le rétablissant, fut combattue par certains comme inutile (1). Quoi qu'il en soit, cette loi institua d'une part le divorce par consentement mutuel; d'autre part le divorce, sur la demande de l'un des époux pour des causes déterminées — d'ailleurs fort nombreuses — et même simplement pour incompatibilité d'humeur. Quant à la séparation de corps, elle fut supprimée

(1) Henri Coulon, *Le divorce et la séparation de corps*, t. I, p. 172.

comme immorale, contraire à la liberté et perturbatrice de l'ordre social. Ainsi l'on se trouve sous une législation en opposition parfaite avec l'ancien droit, celui-ci ayant admis la séparation de corps et prohibé le divorce, celle-là admettant le divorce et prohibant la séparation de corps.

Le code civil s'inspira d'idées différentes. Il ne conserva de la législation révolutionnaire que le principe du mariage civil et la reconnaissance du divorce comme mode légal de dissolution du mariage. Il se sépara de cette législation sur les trois points suivants : le caractère de l'union matrimoniale, la réglementation du divorce, l'admission de la séparation de corps. Dans l'esprit du législateur de 1804, l'union conjugale de l'homme et de la femme, encore qu'elle se produise en dehors de tout rite confessionnel, est sacrée et perpétuelle dans son principe. Elle devra donc être contractée dans un esprit de perpétuité se distinguant à cet égard des autres contrats. Ce n'est point, en outre, un simple contrat n'intéressant que les parties qui y figurent et, par suite, destiné à se rompre lorsque leur volonté aura changé. C'est un acte qui intéresse au premier chef la société dont il est la base. A ce titre, son sort ne peut être abandonné au caprice des époux. Mais alors quelle place faire au divorce ? Les rédacteurs du Code civil ne l'ont pas considéré comme un mode normal de dissolution du mariage. Ils en ont fait un remède suprême pour certains cas désespérés. Par suite de circonstances que les parties ne peuvent et ne doivent pas prévoir au moment de leur union — mais qui, somme toute,

se produisent parfois — l'homme n'étant pas infallible — cette union qui devait être une source de félicités et un moyen de perfectionnement moral pour les époux, peut devenir pour eux une cause de malheur et pour la société un objet de scandale. Dans des situations pareilles, la dignité même du mariage exige qu'il soit rompu.

Ce changement dans les principes devait entraîner de graves modifications dans la réglementation du divorce : aussi le Code civil a-t-il supprimé le divorce pour incompatibilité d'humeur, diminué le nombre des causes précises du divorce, transformé le divorce par consentement mutuel et organisé une procédure décourageante. A côté du divorce, par respect pour la liberté des cultes, il a admis et réglementé la séparation de corps pour ceux à qui leur foi interdit le divorce.

Nouveau changement avec la Restauration. Il se produit une réaction en sens inverse de celle qui provoqua la loi de 1792 et on en revient au régime de l'ancien droit. La loi du 8 mai 1816, conséquence de la charte de 1814, abolit le divorce; la séparation de corps subsiste seule. Ce régime a duré jusqu'à la loi de 1884 qui rétablit le divorce en conservant la séparation.

Avant d'abandonner cet historique, il faut déterminer exactement le caractère de la séparation de corps sous le Code civil, envisagée dans ses rapports avec le divorce.

Si l'on se reporte aux travaux préparatoires, on constate que les rédacteurs du Code civil ont vu cette

institution avec grande défaveur. Il suffirait de lire, pour s'en convaincre le discours que Treilhard, orateur du gouvernement, prononça devant le corps législatif. Les inconvénients de la séparation de corps pour les époux et pour la Société y sont hautement mis en relief; les avantages qu'elle semble avoir sur le divorce en ce qui concerne les enfants étant au contraire soumis à une habile contestation (1). Au surplus, le projet primitif ne la rétablissait pas, et ce n'est, comme nous l'avons dit, que par respect pour la liberté de conscience et pour faire œuvre de conciliation qu'elle fut admise en fin de compte à côté du divorce. Mais, à défaut de travaux préparatoires, la réglementation sommaire qui en fut faite et le caractère provisoire qui lui fut donné témoigneraient assez clairement de cette défaveur.

On a fait remarquer bien souvent que les textes consacrés à la séparation de corps, au lieu de former dans le Code un titre spécial comme l'exigerait la symétrie, constituent seulement un chapitre du titre consacré au divorce; que du reste, ce chapitre étant muet sur un grand nombre de points, la question s'est élevée en doctrine et en jurisprudence de savoir s'il faut le compléter en se référant aux textes du divorce, aux principes de la séparation de corps tels qu'on peut les reconstituer à l'aide des textes et de l'histoire ou enfin au droit commun du mariage. Quoi qu'il en

(1) Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires*, t. IX, p. 474 et suivantes.

soit, la place secondaire faite à la séparation de corps et l'insuffisance de sa réglementation sont comme la marque matérielle de son caractère provisoire aux yeux des auteurs du Code civil. Mais il en est une marque bien plus visible : c'est l'institution de la conversion en divorce telle qu'ils l'ont établie. D'après l'ancien article 310, lorsque la séparation de corps avait duré trois ans, elle devait être convertie en divorce par le tribunal, si l'époux contre lequel elle avait été prononcée en faisait la demande, et à moins que le demandeur originaire ne consentit à reprendre la vie commune. En d'autres termes, la séparation ne peut plus, au bout de trois ans, être imposée à l'époux coupable. Celui-ci a comme un droit acquis au divorce ou à la reprise de la vie commune; malgré ses torts, il ne peut être voué à un perpétuel célibat. Ici, vraiment, que devient le respect de la liberté de conscience? L'époux catholique qui a demandé la séparation de corps est mis dans l'alternative de s'exposer à de nouveaux outrages, à de nouvelles violences ou de laisser son conjoint reprendre sa liberté complète et contracter une nouvelle union. Les rédacteurs du Code ont passé outre. Pour eux, l'état des époux séparés ne saurait être un état définitif, à moins que l'un et l'autre n'y consente; la séparation de corps a un caractère transitoire; le divorce est le seul et véritable remède offert aux époux.

Telle est la conception générale de la séparation de corps dans le Code civil. Elle peut se résumer dans une double proposition : 1° la séparation de corps n'est pas avec le divorce dans un rapport de hiérarchie,

car d'une part elle répond exactement aux mêmes besoins, et, d'autre part, elle y répond d'une façon très différente; 2° c'est une institution d'un caractère essentiellement provisoire, faite pour ne durer qu'un temps très court.

Cette double conception se manifestait pratiquement au point de vue des causes de la séparation identiques à celles du divorce (1); au point de vue de la procédure distincte de la procédure du divorce; au point de vue des effets très éloignés du divorce; au point de vue du caractère de la conversion d'après l'ancien article 310.

C'est à ces divers points de vue que nous allons nous placer pour étudier les modifications apportées à cette conception depuis le Code civil. Nous observerons dans un premier chapitre une tendance à différencier les causes de séparation des causes de divorce; dans un second, nous verrons l'assimilation des deux procédures; dans un troisième, le rapprochement des deux institutions quant à leurs effets; enfin, dans un dernier chapitre, nous plaçant au point de vue de la cessation de la séparation de corps, nous étudierons la conversion telle qu'elle fonctionne aujourd'hui. L'aspect nouveau donné à la séparation de corps par ces modifications diverses fournira la conclusion de ce travail.

(1) Cette identité se rattache à la fois à l'une et à l'autre de nos deux propositions : la séparation de corps devant aboutir à un divorce, il est juste qu'elle soit ouverte pour les mêmes causes que lui, et les causes étant identiques, il n'existe à cet égard aucun rapport hiérarchique entre les deux institutions.

CHAPITRE PREMIER

Les Causes.

L'article 306 assimile les causes de séparation de corps aux causes de divorce. Avant la loi de 1884, il existait, il est vrai, sur ce point, une différence notable entre les deux institutions, la séparation de corps, aux termes de l'art. 307, ne pouvant avoir lieu par consentement mutuel. On a beaucoup discuté sur les motifs de cette différence, car les rédacteurs du Code civil eux-mêmes ne paraissent pas très bien fixés. Faut-il la rattacher à la différence des procédures et à cette idée que la procédure en séparation n'offrait pas de suffisantes garanties ? Faut-il penser que la séparation de corps, produisant des effets anodins et réparables, les abus eussent été trop fréquents (1) ? Faut-il

(1) Voir Locré, *Esprit du Code Napoléon*, t. IV, p. 473, citations de Gillet et de Treilhard.

dire qu'il était inutile d'autoriser la séparation par consentement mutuel, puisque les époux seront toujours libres de cesser le cohabitation et d'établir entre eux une séparation de fait lorsque l'un et l'autre y consentira (1)? Faut-il voir là une conséquence de la séparation de biens qui est attachée à la séparation de corps et la crainte d'une collusion entre les conjoints pour frustrer leurs créanciers (2)? Pour nous, la véritable explication de cette différence se trouve dans l'histoire. La séparation de corps étant, comme on l'a dit parfois, le divorce des catholiques, les rédacteurs du Code civil se sont inspirés pour sa réglementation des règles posées dans l'ancien droit par la jurisprudence ecclésiastique qui n'admettait pas la séparation par consentement mutuel (3).

Quoi qu'il en soit, l'art. 306 assimile les causes déterminées de la séparation de corps et du divorce. Quelle est, au juste, la portée de cette assimilation?

Deux conceptions semblent possibles : Ou bien le législateur a simplement déterminé des catégories abstraites de faits, s'appliquant indistinctement à la séparation et au divorce ; il a décidé, en d'autres

(1) Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. II, p. 481. Voir aussi la note de Valette, dans Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. I, p. 534, note a.

(2) Voir Locré, *op. cit.*, t. IV, p. 475, citation de Treilhard.

(3) Voir Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. I, p. 532. On a dit aussi que si le divorce par consentement mutuel a été admis, c'est sous l'influence de Napoléon qui voulait s'en servir pour lui-même, influence qui ne s'est pas fait sentir en ce qui concerne la séparation de corps.

termes, que la qualification juridique exigée pour qu'un fait constitue une cause de séparation, n'est autre que la qualification exigée pour qu'il soit une cause de divorce. Ou bien, allant plus loin dans la voie de l'assimilation, a-t-il, en outre, décidé que le juge, pour lui donner cette qualification juridique, devait suivre les mêmes règles d'appréciation, avoir les mêmes exigences dans l'un et l'autre cas ? A n'en pas douter, la seconde de ces deux conceptions est celle de l'art. 306. Cela résulte du rôle de la séparation de corps tel que le concevaient les rédacteurs du Code civil. Cela résulte aussi des travaux préparatoires. Cela résulte enfin du texte lui-même. Le législateur de 1804, loin de vouloir établir entre le divorce et la séparation de corps un rapport hiérarchique a entendu faire de ces deux institutions deux moyens parallèles créés pour les mêmes besoins mais pour des personnes différentes. La séparation de corps est destinée à remplacer le divorce pour ceux que leurs scrupules religieux empêchent d'y recourir ; mais elle n'est point un divorce atténué. On avait soutenu au Conseil d'état, lors de la confection du Code, que la séparation de corps produisant des effets moins graves que le divorce devait aussi être accordée pour des causes moins graves. « Les remèdes, disait Maleville, doivent être proportionnés aux maux (1). » Et partant de cette idée, on allait jusqu'à réserver au divorce certaines catégories de faits, les autres ne pouvant donner

(1) Locré, *op. cit.*, t. IV, p. 89.

ouverture qu'à la séparation de corps. Cette théorie fut combattue comme contraire au rôle de l'institution et le Conseil d'État ne l'adopta point. Il fut même formellement déclaré que le choix entre le divorce et la séparation de corps n'appartient qu'à l'époux offensé. « La séparation, cette institution qui, contre le vœu de la nature et de l'intérêt social condamne l'un des époux et même l'époux innocent à un célibat perpétuel, ne doit jamais exclure nécessairement le divorce (1). » Or, il en serait ainsi, non seulement si l'on réservait certaines catégories de faits au divorce, certaines autres à la séparation, mais encore si on laissait au juge le droit de suivre pour chaque fait concret des règles d'appréciation plus ou moins sévères, suivant qu'il s'agit d'un divorce ou d'une séparation.

Au reste, la rédaction de l'article 306 n'est-elle pas lumineuse? D'abord il englobe dans la généralité de ses termes et, par suite, met sur la même ligne des faits non susceptibles de dosage, tels que l'adultère, la condamnation à une peine infamante (2) et des faits qui, au contraire, sont susceptibles de plus et de moins. On peut en induire qu'il entend traiter ceux-ci comme ceux-là. Mais il y a mieux, l'article 306 ne dit pas : « Les causes de séparation de corps sont les mêmes que les causes de divorce » ou quoi que ce soit d'équivalent qui pourrait laisser place à quelque doute. Il est ainsi rédigé : « *Dans le cas où il y a lieu à la*

(1) Locré, *op. cit.*, t. IV, p. 91, citation de Berlier.

(2) A une peine afflictive et infamante depuis 1884.

demande en divorce pour cause déterminée, il sera libre aux époux de former demande en séparation de corps (1) », ce qui ne peut littéralement pas signifier autre chose que ceci : dans un cas donné, pour qu'il y ait motif à séparation, il faut qu'il y ait motif à divorce.

Au surplus, toute la doctrine est d'accord sinon sur le bien fondé de cette conception (2) du moins sur son existence dans le Code civil. Et quant à la jurisprudence, malgré sa tendance actuelle indirectement favorisée, comme nous le verrons, par les lois de 1884 et de 1886, elle la proclame encore et la mentionne dans quelques-uns de ses arrêts. Le 28 juillet 1886 (3), la Cour de Caen en formulait encore le principe de la manière la plus nette : « Les excès, sévices ou injures graves admis par l'art. 231 Code civil comme causes de divorce et par l'article 306 même Code, comme causes de séparation de corps, doivent être, quoiqu'ils ne tendent pas au même but et ne produisent pas les mêmes résultats, soumis aux mêmes règles d'appréciation dans l'une et l'autre instance ; s'ils sont jugés suffisants pour faire prononcer la séparation de corps, ils sont par les mêmes motifs suffisants pour faire prononcer le divorce (4) ».

(1) Le texte de 1884 est identique au point de vue qui nous occupe.

(2) Voir Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. II, p. 464.

(3) *La loi*, 11 février 1887.

(4) Dans le même sens, Bordeaux, 30 janvier 1889, *Gazette du Palais*, 1889, 1^{er} volume, supplément, p. 80.

Mais si l'on se place au point de vue purement rationnel, il est difficile de ne pas trouver un peu artificielle l'assimilation de l'article 306. Quel que soit en définitive le rôle de la séparation de corps, tel que l'ont conçu les rédacteurs du Code civil et quelles que soient les raisons qui la leur ont fait admettre, le mot de Maleville que nous citons plus haut n'en reste pas moins l'expression vraie de la nature des choses. Il est presque impossible d'adopter telle quelle cette idée que la séparation de corps, produisant un simple relâchement du lien conjugal, ne peut être provoquée que pour des faits assez graves pour déterminer la rupture de ce lien. On a peine à ne pas établir une certaine concordance entre la cause et l'effet et les auteurs eux-mêmes qui ne doutent point que l'article 306 n'établisse une assimilation complète reconnaissent que si cette conception se justifie historiquement, elle n'est pas très heureuse au point de vue législatif (1). Du reste, si la séparation de corps a été admise dans la loi pour servir de divorce aux catholiques, il n'est pas défendu aux autres de s'en servir. Ne peut-on pas concevoir, par exemple, qu'un conjoint ayant à souffrir de la conduite de son conjoint qui lui rend insupportable la vie commune hésite cependant — en dehors de tout scrupule religieux — à demander le divorce et sollicite seulement une séparation de

(1) Voir Joseph Hitier, Développement de la jurisprudence en matière de divorce. *Annales de l'Université de Grenoble*, 1895, p. 74.

corps estimant qu'un éloignement momentané amènera peut-être le coupable à résipiscence et que tout espoir d'amendement n'est pas perdu (1). Et comment, dès lors, si ce rôle de l'institution est possible en pratique, ne pas reconnaître au juge le droit de se montrer moins difficile pour accorder la séparation de corps que pour accorder le divorce ?

Ainsi s'explique rationnellement une tendance jurisprudentielle qui aboutit à établir quant à leurs causes une gradation entre le divorce et la séparation de corps, et que nous allons maintenant étudier.

Les causes de séparation ou de divorce peuvent se répartir en deux groupes : les unes, l'adultère et la condamnation à une peine afflictive et infamante sont des causes péremptoires, c'est-à-dire que dans une action fondée sur l'une de ces causes, le pouvoir appréciateur du juge est réduit à sa plus simple expression. L'adultère existe-t-il ? La condamnation a-t-elle été définitivement prononcée ? C'est la seule question qui se pose pour lui. Du moment que l'adultère ou la condamnation sont établis, il ne peut que faire droit à la demande et prononcer le divorce ou la séparation de corps, suivant qu'il est saisi d'une action en divorce ou en séparation. Et, dans le choix de son action, le

(1) N'est-ce pas de cette idée d'une réconciliation possible après quelques mois de séparation que s'inspire l'article 246 du Code civil, qui donne au juge saisi d'une demande en divorce le droit de retarder sa décision pendant six mois encore, que la demande soit d'ores et déjà bien établie, et de prescrire pour ces six mois l'habitation séparée ?

demandeur n'aura pas à se préoccuper de la gravité des faits d'adultère ou de la condamnation.

Mais à côté de ces causes péremptoires, il en est d'autres que la loi dénomme excès, sévices, injures graves, et qui sont loin d'avoir un caractère aussi précis. Une multitude de faits, différents en eux-mêmes et par les circonstances qui les entourent est comprise dans chacune de ces expressions. Ici, le juge du fait (1) pourra donner libre cours à son pouvoir appréciateur et se montrer plus ou moins difficile, suivant qu'il s'agira d'une séparation de corps ou d'un divorce. Il obligera ainsi le demandeur à bien peser lui-même, avant d'agir, la gravité des faits qu'il allègue et à faire en conséquence le choix de son action, sous peine d'aboutir à un échec.

La jurisprudence en question ayant ainsi un fondement rationnel et un champ d'application, il lui fallait au moins l'apparence d'un fondement juridique. Les lois du 27 juillet 1884 et du 18 avril 1886 le lui ont inconsciemment fourni.

La loi du 27 juillet 1884, qui a rétabli en France le divorce supprimé depuis 1816, outre qu'elle a repoussé le divorce par consentement mutuel a modifié un certain nombre d'articles de notre titre. Elle a notamment transformé l'institution de la conversion telle qu'elle était organisée dans l'ancien article 310. Elle a étendu aux deux conjoints, indistinctement, le droit de demander la conversion qui n'était donné

(1) Cassation, 10 juillet 1893, D. 94, 1, 40.

par l'ancien texte qu'à l'époux originairement défendeur, et elle a en outre permis au juge de repousser la demande. Nous ne voulons point insister ici sur le nouveau caractère que ces modifications ont pu donner à la séparation de corps, cette question devant faire l'objet de notre dernier chapitre. Mais la faculté donnée au juge par la loi de 1884, d'admettre ou de refuser la conversion a eu une répercussion inattendue sur le rapport des causes de séparation avec les causes de divorce (1). Les tribunaux, en effet, au lendemain de la loi qui rétablissait le divorce et modifiait en même temps la conversion, furent naturellement saisis d'un grand nombre de demandes en conversion. Tous ceux qui, sous l'empire de la loi de 1816 avaient demandé la séparation de corps parce qu'ils ne pouvaient demander le divorce, mais qui auraient demandé le divorce si la loi l'avait admis, introduisirent en 1884 des demandes en conversion. Les tribunaux eurent donc fréquemment à exercer le pouvoir à eux conféré par le nouvel article 310. Mais cet article ne leur disait pas sur quels motifs ils devaient s'appuyer pour prononcer ou repousser la conversion et les travaux préparatoires de la loi pouvaient être interprétés diversement (2). Il est un cas, toutefois, où l'on ne voit guère qu'un motif possible pour refuser la conversion : c'est celui où elle est demandée par l'ancien demandeur en séparation qui, d'ailleurs, n'invoque pas de faits

(1) Voir Planiol, *Revue critique*, 1889, p. 550.

(2) Voir à cet égard Joseph Hitier, *Annales de l'Université de Grenoble*, 1895, p. 75.

nouveaux. Quel motif, dans cette hypothèse, pouvait avoir le juge de repousser la conversion si ce n'est que les causes primitivement invoquées pour la séparation de corps, et qui l'ont en effet provoquée, sont insuffisantes pour faire prononcer le divorce ? Dirait-on qu'il peut encore se placer au point de vue des chances de réconciliation et refuser la conversion s'il lui apparaît qu'un rapprochement est encore possible entre les époux ? Mais le fait même qu'une demande en conversion est intentée par l'ancien demandeur prouve bien qu'il n'est pas en disposition de pardonner. La loi, par conséquent, en permettant au juge de ne pas prononcer la conversion, même dans le cas qui nous occupe, semble bien avoir implicitement admis une gradation entre les causes de séparation et de divorce. En tout cas, appuyé par les considérations rationnelles que nous faisons valoir plus haut, l'argument a satisfait plusieurs Cours d'appel et même la Cour de cassation.

Le 5 février 1885 (Dalloz, 85, 2, 100), la Cour de Douai esquisse la nouvelle conception par un raisonnement *a fortiori* : « Attendu, dit-elle, ... qu'il résulte des jugements et arrêts précités que les griefs articulés par Liénard contre sa femme, à l'appui de sa demande reconventionnelle en séparation, ne sont pas justifiés ; que si à cette époque il avait demandé le divorce, il eût *a fortiori* été repoussé... » Un arrêt de la Cour d'Orléans, du 5 mars 1885 (D., Répertoire, supplément, mot *Divorce*, n° 694, note 1), exprime la même idée : Considérant... « que les magistrats ont le droit d'apprécier ces faits (ceux qui ont motivé la séparation),

mais au point de vue plus rigoureux du divorce, que cette appréciation a sa raison d'être dans la nature même des choses, puisque le divorce brise le lien conjugal, tandis que la séparation de corps ne fait que le relâcher ». Celui de la Cour de Limoges, du 4 mai 1885 (D., Rép., suppl., mot *Divorce*, p., 433, note 2), est, s'il se peut, encore plus formel : Considérant... « que l'unique grief relevé contre elle pour motiver le jugement de séparation de corps au profit du mari est à l'estime de la Cour, absolument insuffisant pour justifier la demande de conversion en divorce... »

Enfin la Cour de cassation (Chambre des requêtes) ayant eu, le 11 janvier 1887, à se prononcer sur la question, a reconnu formellement que le juge du fait, en exerçant le pouvoir discrétionnaire de l'art. 310, peut repousser la conversion parce qu'il juge les causes qui ont fait prononcer la séparation de corps insuffisantes pour faire prononcer le divorce : « Attendu qu'en refusant de prononcer la conversion de la séparation de corps en divorce, notamment par des motifs tirés de ce que les causes qui avaient motivé cette séparation n'étaient pas de nature à justifier la rupture complète du lien conjugal, l'arrêt attaqué n'a fait qu'une application juridique de l'article 310 Code civ... » (Cass. req., 11 janvier 1887, S. 88, 1, 374. D. 87, 1, 334).

En dehors même de la question de conversion, la Cour suprême a eu l'occasion de formuler cette manière de voir dans les termes les plus précis : « ... Attendu, dit un arrêt du 8 janvier 1900 (S. 1900, 1, 497 et *Pandectes françaises*, 1901, 1, 97), que des griefs insuffi-

sants pour justifier le divorce pourraient être jugés assez graves pour légitimer une séparation de corps ; qu'en effet si, aux termes de l'art. 306 Code civil, les causes légales de la séparation de corps sont les mêmes que celles du divorce, les deux demandes se distinguent néanmoins par leur caractère, leur but et leurs conséquences, puisque l'une comporte le maintien du lien conjugal dont l'autre poursuit la rupture ; d'où il suit que les juges du second degré étaient tenus d'apprécier, au point de vue nouveau de la demande en séparation de corps, substituée à la demande de divorce, la valeur des articulations proposées. . . »

De son côté, la loi du 18 avril 1886, sur la procédure du divorce, a aidé à cette différenciation de la séparation de corps et du divorce quant à leurs causes, en fournissant aux plaideurs un moyen facile de la mettre en œuvre. L'article 239 du Code civil, modifié par cette loi, décide dans son deuxième alinéa que le demandeur en divorce, tant qu'il n'y a pas chose définitivement jugée (1), peut transformer sa demande en une demande de séparation. C'est un échec à la règle de procédure qui veut qu'une demande nouvelle ne puisse être introduite par de simples conclusions ; ou plutôt c'est un échec à la règle de droit civil qui veut qu'une demande en séparation de corps soit par rapport à une demande en divorce, une demande nouvelle. L'appui juridique donné à cette disposition dans la discussion de la loi est, en effet, intéressant à notre

(1) Bordeaux, 13 février 1889, S. 89, 2, 240 et la note.

point de vue, et nous le retrouverons dans le chapitre sur la procédure. Il consiste à considérer la demande en séparation de corps comme virtuellement contenue dans une demande en divorce, et à appliquer en cette matière la maxime *qui peut le plus peut le moins*. Un arrêt de cassation, du 22 février 1888 (S. 88, 1, 374), reproduisant cette idée démontre nettement qu'une hiérarchie s'est établie entre le divorce et la séparation de corps. Quant au but de l'innovation introduite par la loi de 1886, il est de laisser toute facilité au demandeur pour revenir sur une détermination qu'un ressentiment trop prompt lui a dictée. Mais elle servira le plus souvent à une toute autre fin (1). Le demandeur en divorce, lorsqu'il s'apercevra que ses griefs n'apparaissent point au cours des débats aussi graves qu'il les supposait tout d'abord, transformera sa demande, espérant, avec raison, que les juges se montreront moins exigeants pour une simple séparation. Evidemment, l'article 239 nouveau n'a pas été fait pour qu'on s'en serve dans ce but, mais le demandeur peut en user comme bon lui semble, étant donné la généralité de ses termes. Et qui n'aperçoit que, sous des apparences trompeuses, ce sera là presque toujours le véritable motif de la transformation en cours d'instance? Dans cet ordre d'idées, on a même vu des demandeurs joindre à leur demande principale en divorce des conclusions subsidiaires en séparation (2).

(1) Voir Planiol, *op. cit.*

(2) Voir Cour de Paris, 3 juillet 85 et Cassation 30 juin 86 S. 86, 1, 401 et la note. Voir aussi Bordeaux, 13 novembre 1893, S. 94, 2, 80.

Nous examinerons en son temps la question de savoir si on peut admettre ce procédé (voir *inf.*, p. 62); mais il est une décision où la tendance à différencier les causes de séparation de corps des causes de divorce, est arrivée à son expression la plus parfaite. Il s'est trouvé une Cour d'appel qui, se fondant sur ce que les faits établis n'étaient pas assez graves pour entraîner le divorce, mais lui semblaient suffisants pour justifier la séparation de corps, a refusé le divorce qui était demandé et accordé la séparation de corps qui ne l'était pas. L'arrêt de Riom, du 13 juin 1893 (S. 95, 2, 162), a commis cette hérésie juridique. Il s'agissait, il est vrai, d'une demande en divorce qui remplaçait une demande en séparation de corps à la suite d'un désistement. Mais ce fait, s'il a pu avoir une influence morale sur la décision, ne pouvait avoir aucune influence juridique et l'arrêt de Riom — surtout si l'on considère que, dans l'espèce, la séparation n'était même pas demandée subsidiairement — n'en reste pas moins l'expression exaspérée de la tendance nouvelle. Sa solution est critiquée dans une note, sous l'arrêt, et il n'est pas douteux, en effet, qu'elle méconnaît tous les principes. La Cour d'Amiens (14 avril 1897, S. 98, 2, 65), réformant un jugement du Tribunal de Péronne qui avait suivi la Cour de Riom, n'est pas entrée dans cette voie. Mais on ne peut nier qu'il se soit établi un rapport hiérarchique entre les deux institutions au point de vue de leurs causes, et que la séparation de corps, qui était dans l'esprit et dans la lettre du Code civil, une institution distincte du divorce par ses effets, mais répondant exactement aux mêmes

besoins et, par suite, ouverte pour les mêmes causes, soit devenue une sorte de petit divorce que les juges accorderont avec plus de facilité (1).

(1) Les statistiques de 1885 à 1894 semblent contredire cette affirmation. La proportion moyenne, pour cette période, des demandes en divorce accueillies, est en effet de 85,5 pour 100 ; celle des demandes en séparation n'est que de 74 pour 100. Mais ainsi que le fait observer M. J. Charmont (note sous cassation-8 janvier 1900, *Pandectes françaises*, 1901, 1, 97), « ce qui vrai, semblablement grossit la proportion des demandes en divorce accueillies, c'est que cette catégorie comprend la plupart des cas où le désaccord des époux est le plus grave et le plus évident... Au contraire, les demandes en séparation sont beaucoup moins simples et, par conséquent, la proportion des demandes agréées doit être également moins élevée. Cela n'empêche pas que, d'une façon générale, le juge ne soit tenté de considérer la séparation comme un moindre mal et de l'admettre plus facilement que le divorce ». En d'autres termes, la tendance jurisprudentielle que nous avons notée nous permet de présumer que si les demandes en divorce introduites et jugées de 1885 à 1894 avaient été des demandes en séparation de corps, la proportion des demandes accueillies eût été supérieure à 85,5 pour 100.

CHAPITRE II

La Procédure.

Pour réagir contre les excès de la législation révolutionnaire, les rédacteurs du Code civil, non contents de supprimer le divorce pour incompatibilité d'humeur, de modifier le divorce par consentement mutuel et de réduire de onze à cinq les causes déterminées de divorce organisèrent dans le chapitre II de notre titre une procédure fort longue, fort compliquée et fort coûteuse. Cette procédure ne s'appliquait point à la séparation de corps régie à cet égard par l'art. 307 du Code civil et par les art. 875 à 880 du Code de procédure. L'article 307 posait le principe qu'il pose encore aujourd'hui dans sa première phrase à savoir que les demandes en séparation de corps sont soumises à la procédure de droit commun. Sans doute le titre spécial de Code de procédure consacré à la séparation de corps renfermait bien quelques règles particulières, et

en outre on ne se privait pas, malgré l'article 307 et à raison des rapports étroits qui unissent les deux institutions, de compléter les dispositions relatives à la procédure de la séparation de corps — insuffisantes sur plus d'un point — par des emprunts aux textes du divorce qui survécurent à son abolition sans être formellement abrogés. Mais enfin, si restreinte que fût sa portée, le principe de l'article 307 était inscrit dans le Code et force était de le respecter dans les cas où ne s'imposait pas l'analogie avec le divorce (1).

La loi du 27 juillet 1884 rétablissant le divorce n'en modifia pas sensiblement la procédure qui resta régie par les anciens textes du Code civil remis en vigueur. Elle abrogea seulement les articles relatifs au divorce par consentement mutuel et ne toucha point à la procédure de la séparation si ce n'est pour modifier la conversion dans l'article 310. Cette procédure resta donc régie jusqu'en 1886 par l'ancien article 307 et les textes du Code de procédure. Nous ne mentionnerons que pour mémoire une ordonnance du 16 mai 1835, supprimant l'audience solennelle prescrite en appel par le décret du 30 mars 1808 (art. 22).

La loi du 18 avril 1886 a réalisé en la matière de profondes modifications. Cette loi intitulée *Loi sur la procédure du divorce et de la séparation de corps*

(1) Les art. 875 à 880 du Code de procédure constituaient eux-mêmes des emprunts à la procédure du divorce. Mais que pouvait-on en induire sinon que le législateur, quand il avait voulu assimiler les deux procédures s'était chargé de le faire lui-même, et n'avait pas entendu qu'on le fit pour lui sur les autres points.

remanie de fond en comble le chapitre II du titre du divorce. Elle abolit la procédure organisée par le Code civil et la remplace par une autre plus voisine de la procédure ordinaire. Le législateur de 1886 s'est évidemment inspiré des règles posées dans le Code de procédure pour la séparation de corps. Mais il ne s'est pas contenté de transformer dans le sens de ces règles la procédure du divorce ; il a assimilé d'une manière à peu près complète les deux procédures autrefois très différentes et, modifiant l'article 307, il a déclaré applicables à la séparation de corps les nouveaux articles 236 à 244 du titre du divorce. Ce rapprochement des deux institutions quant à leur procédure n'a rien au reste que de très normal et jusqu'en 1886 la doctrine — dans son ensemble (1) — et la jurisprudence n'hésitaient point à combler par des emprunts à la procédure du divorce les lacunes que présentait la procédure de la séparation. La différence entre les deux demandes quant à leur gravité doit-elle entraîner une différence radicale dans leur mise en œuvre judiciaire ? Et parce que l'une ne doit point aboutir à la rupture du lien conjugal mais à son simple relâchement, est-ce une raison pour ne pas l'entourer de garanties aussi nombreuses et aussi solides ? Il ne le semble pas. L'intégralité de l'union conjugale est chose aussi précieuse que son existence même et au surplus la séparation de corps aboutira souvent à un divorce par l'effet de la conversion.

(1) *Contra* : Laurent, t. III, § 327.

Enfin même s'il était vrai que la différence entre les effets de l'une et l'autre institution doit entraîner une différence entre leurs procédures, le rapprochement qui s'est produit entre leurs effets depuis le Code civil par une évolution législative et jurisprudentielle que nous verrons plus loin et qui était sensible dès avant 1893, eût suffisamment justifié le rapprochement opéré par la loi de 1886. Mais ici ce n'est point la séparation de corps qui s'est rapprochée du divorce. La marche s'est produite en sens inverse. Le législateur de 1886, en partant du principe posé par l'ancien article 307 pour la séparation de corps et en apportant à ce principe les exceptions que nécessitent l'importance et le caractère des intérêts en jeu dans ces sortes d'actions, a organisé une procédure commune où il s'est efforcé de multiplier les garanties au lieu d'accumuler les entraves.

L'assimilation des deux procédures a été poussée plus loin encore par la loi du 6 février 1893 qui, modifiant l'article 248 du Code civil, a tranché la question jadis controversée de savoir si le pourvoi en cassation était suspensif en matière de séparation de corps comme en matière de divorce (1). L'article 248 ainsi modifié n'assimile dans sa lettre le divorce et la séparation de corps qu'au point de vue du caractère suspensif du pourvoi. Mais il n'est pas douteux, si on

(1) La jurisprudence se prononçait avec raison pour le caractère non suspensif en matière de séparation de corps. L'article 307 renvoie en effet au droit commun et les raisons qui motivaient l'article 248 en matière de divorce n'existent point pour la séparation de corps. Bordeaux, 17 messidor an XIII (Dalloz, *Rép.*, mot *Cassation*, n° 938 et la note.

consulte les travaux préparatoires, que l'assimilation s'étend à tous les points dont s'occupe l'article (1).

Malgré tout, l'assimilation entre les procédures de séparation de corps et de divorce n'est point encore absolue. Les articles 875 à 882 du Code de procédure ne sont nullement abrogés. Quant au nouvel article 307 il prescrit encore l'application du droit commun sur tous les points où il n'y est pas dérogé et ne déclare applicables à la séparation de corps, parmi les textes du divorce, que les articles 236 à 244. Ainsi la procédure de la séparation se trouve aujourd'hui réglementée : 1^o par le droit commun (art. 307); 2^o par les articles 236 à 244 du Code civil; 3^o par l'article 307 du Code civil qui contient dans son dernier alinéa une disposition spéciale relative aux interdits judiciairement; 4^o par les articles 875 à 882 du Code de procédure, dans la mesure, du moins, où ils peuvent se concilier avec les articles 236 à 244; 5^o par l'article 248; 6^o par l'article 872 du Code de procédure civile relatif à la publicité des jugements emportant séparation de biens.

Sans vouloir faire ici l'étude de cette procédure telle qu'elle résulte de l'ensemble des dispositions qui la régissent, nous mesurerons seulement, pour ne pas sortir du programme tracé, la portée de l'assimilation réalisée par les lois de 1886 et de 1893 entre les procédures de séparation et de divorce. Puis nous noterons

(1) Voir Débats parlementaires, *Journ. off.* du 28 janvier 1893, Sénat, p. 116, Discours de M. Demôle.

les différences qui subsistent encore entre ces deux procédures.

Tout d'abord, les règles de compétence *ratione materiae* et *ratione loci* sont les mêmes en matière de divorce et de séparation de corps. Il s'agit en effet de deux actions relatives à l'état des personnes et il n'y a pas la moindre raison pour les traiter différemment quant à la juridiction qui doit en connaître (1).

De ce que les articles 236 à 244 sont applicables à la séparation de corps, il résulte l'assimilation entre les deux procédures sur tous les points suivants : quant aux mesures provisoires qui pourront être prises par le juge dans l'ordonnance permettant de citer en conciliation, relativement à la résidence de l'époux demandeur (art. 236); quant à la signification au défendeur de la requête, de l'ordonnance et de la citation par un huissier commis et aux délais prescrits pour cette signification (art. 237); quant à la comparution devant le juge à fin de conciliation; quant à l'ordonnance constatant, s'il y a lieu, la non conciliation ou le défaut; quant aux nouvelles mesures provisoires qui peuvent être prises dans cette ordonnance, aux modifications qui pourront être apportées à ces mesures en cours d'instance par le tribunal saisi (art. 238), et aux nouvelles mesures qui pourront être prises par ce tribunal

(1) Les anciens articles 234 et 235 modifiés par la loi de 1884 fixaient la compétence en matière de divorce et on les appliquait sans difficulté à la séparation de corps. Ces deux articles ont disparu en 1886, probablement comme inutiles (voir Coulon, *op. cit.*, t. IV, p. 95), car ils ne faisaient qu'appliquer les principes généraux.

(art. 240); quant aux voies de recours dont l'ordonnance est susceptible et à son caractère exécutoire par provision; quant aux effets de cette ordonnance en ce qui concerne la capacité de la femme; quant au droit pour le juge d'ajourner le permis d'assigner et au délai que ne peut dépasser cet ajournement; quant au délai dans lequel le demandeur doit user du permis d'assigner et à la sanction qui s'attache à l'écoulement de ce délai (art. 238); quant à l'instruction de l'affaire (art. 239) (1); quant à l'interdiction pour la presse de reproduire les débats et à la sanction pénale de cette interdiction (art. 239); quant à l'obligation pour la femme de justifier de sa résidence dans la maison indiquée, si elle en est requise, et à la sanction de cette obligation (art. 241); quant aux mesures conservatoires qui peuvent être prises par les époux sur l'autorisation du juge (art. 242); quant au sort des actes faits par le mari en fraude des droits de sa femme postérieurement à la première ordonnance rendue par le juge (art. 243); quant aux fins de non recevoir et à l'extinction de l'action par le décès (art. 244) (2).

Enfin l'article 248 modifié par la loi du 6 février 1893

(1) L'article 239 n'est d'ailleurs, sur ce point spécial, que la reproduction de l'art. 879 du Code de procédure.

(2) Mais en matière de divorce le décès éteint l'action même s'il survient après un jugement définitif prononçant le divorce, pourvu que ce jugement n'ait pas encore été transcrit sur les registres de l'état civil (art. 245). Il n'y a pas de transcription en matière de séparation de corps.

établit l'assimilation en ce qui concerne les voies de recours.

Mais il subsiste encore, avons nous dit, un certain nombre de différences entre la procédure du divorce et celle de la séparation, les anciens textes qui régissaient cette dernière n'ayant pas été abrogés et l'article 307 ne renvoyant pas à tous les articles du chapitre II.

Une première différence a trait aux personnes qui peuvent intenter l'action. Il va sans dire que le droit de demander la séparation de corps comme celui de demander le divorce est un droit personnel aux époux et ne peut être exercé pour eux par des tiers. Les époux mineurs eux-mêmes n'ont pas besoin pour intenter l'action de l'assistance de leur curateur (1). Mais la question est plus délicate en ce qui concerne les interdits.

Pour l'interdit légalement l'article 234, dans son dernier alinéa, décide que son tuteur pourra, sur sa réquisition ou avec son autorisation, intenter l'action en divorce (2) et on applique généralement (3) ce texte à la séparation de corps encore que l'article 307 n'y renvoie point. Pour l'interdit judiciairement, il y a le dernier alinéa de l'article 307. Ce texte donne au tuteur

(1) Voir cependant Dalloz, *Rép.* suppl. mot *Divorce* n° 415.

(2) La question s'est élevée de savoir s'il avait besoin de cette réquisition ou autorisation pour défendre à l'action. La Cour de Paris, 7 avril 1887, *Pandectes françaises*, 87, 2, n° 330, a décidé qu'elle était inutile. Doctrine en sens contraire.

(3) En sens contraire, Carpentier, t. II, n° 188.

le droit d'intenter l'action en séparation de corps avec l'autorisation du conseil de famille. Doit-on donner la même solution pour l'action en divorce? La doctrine est divisée sur ce point et la jurisprudence n'a pas eu, à notre connaissance, à se prononcer sur la question. Nous pensons avec M. Labbé (1) que si l'on peut quelquefois raisonner par analogie du divorce à la séparation, on ne le peut de la séparation au divorce. Dans le premier cas, le raisonnement par analogie se renforce d'un *a fortiori* qui fait défaut dans le second. Au surplus le législateur a pu penser que l'interdit était suffisamment protégé par la séparation de corps. Cette opinion trouve d'ailleurs un fondement dans les travaux préparatoires, une disposition analogue à celle de l'article 307 ayant été repoussée sur l'article 234 en seconde délibération (2). Pour les aliénés non interdits, placés ou non dans une maison d'aliénés et pour les individus pourvus d'un conseil judiciaire il n'y a pas à distinguer entre l'action en séparation de corps et l'action divorce.

D'autres différences sont relatives à la procédure proprement dite :

a) L'article 234 n'étant pas applicable à la séparation de corps (argument *a contrario* de l'art. 307), le demandeur en séparation, aux termes de l'article 875

(1) Note sous Bastia, 8 février 1888, s. 89, 2, 177. Dans le même sens Laurent, Huc, Coulon et Carpentier.

(2) Cela laisse en dehors la question des intervalles lucides, car pour ce cas il n'est pas douteux que la solution doive être la même, qu'il s'agisse d'une séparation ou d'un divorce.

Code de procédure, n'est pas tenu de présenter au juge sa requête en personne et, par conséquent, s'il ne peut se déplacer, le président n'a pas à se présenter chez lui, au contraire de ce qui a lieu s'il s'agit d'une demande en divorce (art. 234).

b) En matière de divorce par dérogation aux articles 268 et 283 Code de procédure civile et aux termes de l'article 245, les parents ou alliés en ligne directe des époux, à l'exception des descendants, ne sont pas incapables d'être témoins et les parents ou alliés en ligne collatérale ainsi que les domestiques, ne sont pas reprochables. Il résulterait de l'article 307 pris à la lettre qu'il n'en va pas de même en matière de séparation de corps. Mais ce serait une solution injustifiable et personne ne l'admet. Si l'article 307 ne renvoie pas à l'article 245, ce ne peut être en effet que par une inattention du législateur et la jurisprudence applique ce dernier texte à la séparation (1).

c) La disposition de l'article 246 permettant au tribunal encore que la demande soit bien établie, de ne pas prononcer immédiatement le divorce et de surseoir, en vue d'une réconciliation possible, pendant un délai maximum de six mois n'est pas applicable à la séparation de corps qui devra être prononcée immédiatement si la demande est établie (*Arg.*, art. 307).

Deux différences enfin sont relatives au jugement

(1) Dijon, 20 janvier 1897, S. 97, 2, 61. Cassation, 11 mai 1897, S. 97, 1, 336.

lui-même : le jugement de séparation de corps ne portant aucune atteinte à l'état civil des conjoints (1), produit effet en dehors de toute transcription sur les registres de l'état civil; en outre, l'article 249 ne s'appliquant pas à la séparation de corps, le jugement qui la prononce est susceptible d'acquiescement (2).

Il est facile de rattacher toutes ces différences à un principe général. A l'exception de la différence relative au témoignage des parents et des domestiques — qui semblerait résulter de l'article 307 mais que l'on n'admet pas et que le législateur n'a certainement pas voulue; à l'exception aussi de la différence relative à la transcription du jugement — qui résulte de la nature même des choses — elles découlent toutes de cette idée que la séparation de corps est moins grave que le divorce ne produisant pas comme lui des effets irréparables. Nous voyons la loi prendre moins de précautions, exiger moins de garanties quand il s'agit d'une simple séparation de corps. C'est cette même idée, nous l'avons vu, qui a amené la jurisprudence à

(1) Nous nous plaçons ici dans l'opinion généralement admise suivant laquelle l'état civil d'une personne a pour seuls éléments l'existence, la liberté, la nationalité et la famille, suivant laquelle, par conséquent, si les décrets de naturalisation, les actes d'adoption, les jugements de divorce, les reconnaissances d'enfants naturels sont des événements qui modifient l'état civil, il n'en est pas de même des événements transformant la capacité, tels que les actes d'émancipation, les jugements d'interdiction et, même depuis 1893, les jugements de séparation de corps.

(2) Cassation 28 décembre 1891, S. 92, 1, 120. Bordeaux, 20 janvier 1899, S. 99, 2, 144.

établir une sorte de hiérarchie entre les causes de séparation et de divorce. Nous allons en voir encore une application intéressante dans la procédure en matière de transformation d'instance et de demandes reconventionnelles.

La loi de 1886, fixant une jurisprudence incertaine (1), permet au demandeur, dans le nouvel article 239, deuxième alinéa, de transformer en tout état de cause, même en appel (2) sa demande en divorce en une demande en séparation de corps. Le but de la loi est de laisser au demandeur en divorce la faculté de reculer devant une rupture complète de l'union conjugale tant que cette rupture n'a pas été définitivement prononcée. On retrouve des applications de cette même idée dans les articles 238, 246, 249 et 252 qui renferment chacun quelque mesure prohibitive ou dilatoire destinée à prévenir l'irréparable résultat. On a vu, d'autre part, comment la loi de 1886 contribuait inconsciemment par cette disposition à établir une différence entre les causes de divorce et de séparation de corps. Mais ce qui doit nous arrêter ici, c'est le fondement juridique qui lui a été donné. On a considéré, lors de la rédaction de la loi, que la transformation en cours d'instance d'une demande en divorce en une demande en séparation constitue moins l'introduction

(1) Sous l'empire du Code de 1804, il a été jugé tantôt que la transformation d'instance n'était pas possible (Nîmes, 8 juillet 1807), tantôt qu'elle l'était (Paris, 13 août 1814). Pour ces deux arrêts, voir Coulon. III, p. 177.

(2) Cassation, 22 février 1888, S. 88, 1, 374, déjà cité. Bordeaux 13 février 1889, S. 89, 2, 240 déjà cité.

d'une demande nouvelle qu'une restriction de la demande primitive. « Nous croyons devoir admettre, disait au Sénat M. Denormandie, que lorsqu'un des époux a formé une demande en divorce, il peut, au cours de l'instance, se borner à demander la séparation de corps, *parce que qui peut le plus, peut le moins*. » Dès lors, on aperçoit que la transformation inverse n'est pas possible. Si l'action en divorce contient en puissance une action en séparation de corps, la réciproque ne saurait être vraie. Qui peut le plus peut le moins, qui peut le moins ne peut pas forcément le plus. Aussi la jurisprudence n'admet-elle pas que dans une instance en séparation, le demandeur puisse transformer son action en une action en divorce. La Cour de cassation, dans un arrêt du 22 février 1888 (S. 88, 1, 374, déjà cité) casse un arrêt de Toulouse qui avait admis la possibilité d'une semblable transformation et le casse par ces motifs que « si la demande en divorce comprend virtuellement la demande en séparation de corps, et si le demandeur peut en tout état de cause transformer sa demande en divorce en simple demande en séparation, il en est tout différemment quand la première instance introduite est une demande en séparation de corps qui ne saurait être considérée comme comprenant une demande de dissolution du mariage ». Il existe, il est vrai, un arrêt de la Cour d'Amiens du 14 avril 1897 (S. 98, 2, 65) reconnaissant à l'époux qui, sur la demande en divorce introduite contre lui par son conjoint, a formé en première instance, une demande reconventionnelle en séparation de corps, le droit de

transformer en appel cette demande reconventionnelle en demande de divorce. Mais c'est là un cas tout spécial et l'argument qui milite dans cette hypothèse en faveur de la solution adoptée par la Cour, c'est que l'époux, s'il n'avait introduit aucune demande reconventionnelle en première instance, aurait certainement pu introduire pour la première fois en appel, une demande reconventionnelle en divorce. Il s'agit moins ici d'une transformation de la première demande que de l'introduction d'une nouvelle demande dans les termes de l'article 248, quatrième alinéa.

Le fondement juridique donné à l'article 239 conduirait logiquement à admettre la possibilité de joindre à une demande principale en divorce des conclusions subsidiaires en séparation de corps. La jurisprudence n'est pas allée jusque-là. Le 3 juillet 1885 (S., 86, 1.401 et la note de M. Labbé), c'est-à-dire avant la loi de 1886, la Cour de Paris a décidé qu'une demande en séparation de corps ne saurait être « le subsidiaire juridique » d'une demande en divorce, le but respectif de ces demandes étant contradictoire. Mais cette conception, qui est en effet la conception du Code civil, était déjà tellement vieillie — même avant 1886 — que la Cour de cassation (*eod. loc.*), adoptant d'ailleurs les motifs des premiers juges, s'est crue cependant obligée d'en ajouter un autre tiré de la différence des procédures qui assurément était grande au moment où l'arrêt a été rendu, mais qui n'existe plus aujourd'hui. L'arrêt eût-il été rendu ou n'eût-il pas été cassé sous l'empire

de la loi de 1886 ? Il est permis d'en douter. En tout cas, dans une hypothèse différente mais voisine, il a été jugé par la Cour de cassation (6 novembre 1893, S. 95, 1.68) que si une demande en séparation de corps postérieure à la loi de 1884 (et par suite non régie par les dispositions transitoires de cette loi relatives aux instances en séparation pendantes lors de sa promulgation) ne saurait être transformée en une demande en divorce, il ne s'ensuit point que des conclusions irrégulièrement prises aux fins de divorce au cours d'une instance en séparation fassent nécessairement disparaître la demande originaire en séparation qui reste un minimum de demande certainement non abandonnée. Et il peut, en conséquence, être statué par décision incidente d'irrecevabilité sur les conclusions tendant à la poursuite du divorce, sans que la demande en séparation de corps soit éteinte.

En ce qui concerne les demandes reconventionnelles, l'article 239, modifié par la loi du 18 avril 1886, dispose dans son troisième alinéa qu'à une demande principale en divorce on peut opposer une demande reconventionnelle formée par un acte de conclusions. A vrai dire, ce texte n'est qu'une application pure et simple du droit commun. On peut toujours, par voie de simples conclusions, introduire dans le débat une demande reconventionnelle. Il était nécessaire néanmoins que la loi s'expliquât formellement en matière de divorce, car la procédure spéciale qui régit les actions en divorce et notamment l'essai de conciliation aurait pu faire naître quelque

doute (1). Sans doute le défendeur en divorce — ou en séparation — dans le but d'entendre prononcer le jugement à son profit ou tout au moins aux torts réciproques des deux conjoints, peut introduire devant le même juge une demande parallèle ayant le même objet que celle dont il est déjà saisi; dans ce cas, les deux demandes seront étrangères l'une à l'autre et chacune sera spécialement soumise aux formalités exigées par la loi. Mais la reconvention ordinaire doit-elle fonctionner ici? L'article 239 consacre l'affirmative. Toutes les formalités ont été remplies sur la demande principale, les deux parties ont comparu devant le juge qui a vainement tenté de les réconcilier; cette réconciliation est rendue encore plus improbable par l'introduction d'une demande reconventionnelle; à quoi bon leur imposer de nouvelles lenteurs et de nouveaux frais?

Aux termes de l'article 307, l'article 239 est applicable à la séparation de corps. On peut donc à une demande principale en divorce opposer une demande reconventionnelle en divorce; et à une demande principale en

(1) Pourtant, sauf exception, la doctrine admettait la possibilité de la reconvention, et la Cour de cassation la suivait dans cette voie: Cass. 27 mai 1846, S., 46, 1, 747; Cass. 2 décembre 73, S., 75, 1.426; Cass. 10 décembre 72, S., 72, 1.443. Mais il y avait divergence entre les Cours d'appel. Dans le sens de la Cour de cassation: Nancy, 21 janvier 1858, S. 58, 2.75. Pau, 19 avril 1864, S., 64, 2.89. Bordeaux, 23 août et Aix 4 décembre 1865, S., 66, 2, 60. En sens contraire: Paris, 10 mars 1864, S., 64, 2, 89; Bordeaux, 11 juillet 1864, S., 64, 2, 188; Colmar, 24 novembre 1864, S., 65, 2, 59. Bien entendu tous ces arrêts concernent la séparation de corps.

séparation de corps une demande reconventionnelle en séparation de corps. Mais aussitôt s'élèvent deux questions que le texte ne tranche pas : peut-on à une demande principale en divorce opposer une demande reconventionnelle en séparation de corps ? Peut-on à une demande principale en séparation de corps opposer une demande reconventionnelle en divorce ? C'est encore la notion de rapport hiérarchique entre le divorce et la séparation de corps qui va fournir les deux réponses.

Si l'on s'en tenait à la conception du Code civil suivant laquelle les demandes en séparation et en divorce qui poursuivent un but différent et pour ainsi dire contradictoire, sont deux actions d'un caractère profondément distinct, il ne saurait être question de les confondre dans une même instance. Qu'elles soient, depuis 1886, soumises à peu de choses près, aux mêmes règles de procédure cela importe peu. C'est l'objet de la demande qu'il faut avant tout considérer. Telle est en effet la théorie soutenue par la Cour de Dijon dans un arrêt du 27 juillet 1887 (S., 88, 2.17) mais elle n'a prévalu ni en jurisprudence, ni en doctrine. Ce n'était point, quoi qu'on en ait dit, la théorie des auteurs de la loi de 1886. Il suffit de lire pour s'en convaincre la déclaration faite à la Chambre des députés au nom de la Commission par le député rapporteur M. Letellier, dans la séance du 23 mars : « Il est bien entendu que le défendeur à une demande en divorce pourra répondre à cette demande par une demande reconventionnelle en divorce ou *a fortiori* par une demande reconventionnelle en séparation de

corps par le motif que, qui peut le plus peut le moins (1)... » Il est vrai que les mots « ou en séparation de corps » qui se trouvaient dans le projet ont disparu. Mais la seule raison de cette disposition c'est qu'ils ont — à tort (2) — paru inutiles étant donné la disposition de l'article 307. Du reste, sans avoir recours aux travaux préparatoires on peut trouver dans l'article 239 lui-même la solution cherchée. En effet, si l'on refuse au défendeur à l'action en divorce le droit d'y répondre par une demande reconventionnelle en séparation de corps, il a un moyen vraiment trop simple de tourner cette prohibition. La loi lui permet d'intenter une action reconventionnelle en divorce; elle lui permet d'autre part (art. 239, al. 2) de la transformer en une action en séparation durant l'instance; il arriverait ainsi, par une voie détournée et légale, à un résultat prétendu illégal. Peut-on raisonnablement penser que la loi ait entendu édicter une prohibition dont il est si facile de s'affranchir? Le défendeur à une demande en divorce peut donc former une demande reconventionnelle en séparation (3).

Pour l'hypothèse inverse, il ne saurait y avoir la moindre difficulté. Que l'on considère les deux deman-

(1) *Journal officiel*, août 1886, Documents parlementaires, Ch. des députés, p. 1006.

(2) Le renvoi de l'art. 307, en effet, s'il fournit une solution pour le cas où une demande reconventionnelle en séparation est opposée à une demande principale en séparation n'en fournit pas pour le cas qui nous occupe.

(3) Tribunal de Chambéry, 7 juin 1886, S., 88, 247. Paris, 27 juin 1888, S., 91, 2, 62. Rouen, 7 août 1888, S., 90, 2, 51.

des comme trop différentes pour se greffer l'une sur l'autre, qu'on les considère au contraire comme étant l'une par rapport à l'autre dans un rapport de plus et de moins, dans les deux conceptions la réponse est la même : un défendeur en séparation de corps ne peut former une demande reconventionnelle en divorce(1). L'assimilation établie par la loi de 1886 entre le divorce et la séparation quant à leurs procédures n'est pas encore complète et il y a notamment entre les deux procédures une différence qui a trait à la comparution en personne devant le juge, lors de la présentation de la requête. Autoriser ici une demande reconventionnelle en divorce ce serait permettre à l'auteur de cette demande de passer outre à cette formalité ainsi qu'aux autres exigences de procédure spéciales au divorce(2).

Avant d'abandonner la procédure, remarquons que les demandes reconventionnelles peuvent se produire pour la première fois en appel sans être considérées comme demandes nouvelles. C'est le droit commun (art. 464, Code de procédure) et, depuis 1886, l'art. 248, deuxième alinéa, le consacre formellement en matière de divorce (3). Sur cet article se posent les mêmes questions que sur l'art. 239 et en outre la question de savoir s'il s'applique à l'hypothèse d'une demande reconventionnelle en séparation formée contre une

(1) Le fait que la demande principale en séparation est une ancienne demande en divorce transformée ne saurait bien évidemment avoir aucune influence sur la solution de la question.

(2) Dijon, 27 juillet 1887, S. 88, 2, 17, déjà cité.

(3) Même avant la loi de 1886 il avait été ainsi jugé. Cassation, 14 décembre 1885, S. 86, 1, 404.

demande principale en séparation, car à la différence de l'art. 239, l'art. 248 ne figure pas dans les textes énumérés par l'art. 307. Mais en tous points les solutions données par la jurisprudence sur l'art. 248 sont conformes à celles qu'elle donne sur l'art. 239 et en vérité les raisons de décider sont identiques. Ainsi une demande reconventionnelle en séparation de corps pourra être opposée en appel à une demande principale en séparation de corps sans être considérée comme demande nouvelle (1) une demande reconventionnelle en séparation de corps pourra dans les mêmes conditions être opposée à une demande principale en divorce (2). Mais on ne pourra pas opposer en appel à une demande principale en séparation de corps une demande reconventionnelle en divorce (3).

(1) Poitiers, 2 février 1891, S. 92, 2, 143. Cassation, 27 juillet 1897, S. 98, 1, 85.

(2) Riom, 4^{er} février 1888, S. 90, 2, 207.

(3) Pau, 26 janvier 1885, S. 86, 2, 210.

CHAPITRE III

Les effets.

La séparation de corps ne dissout pas le mariage. C'est là, chacun le sait, sa différence fondamentale avec le divorce, celle qui justifié au double point de vue historique et rationnel leur coexistence dans notre législation. Tandis que le divorce met un terme à l'union conjugale, la séparation de corps, sans toucher à l'existence de cette union, fait disparaître certaines conséquences qu'elle engendre. L'homme et la femme séparés conservent toujours le titre d'époux, mais ils sont privés de certains droits et affranchis de certaines obligations que la loi attache à cette qualité.

C'est que, parmi les effets du mariage il en est qu'on peut faire cesser sans porter atteinte au mariage lui-même. A tout prendre, il n'y a guère que deux effets qui tiennent au cœur même de cette institution telle qu'elle se présente dans notre droit et plus générale-

ment dans les pays de monogamie, l'obligation de fidélité et la présomption de légitimité qu'elle entraîne en faveur des enfants. Cela ne veut même pas dire sans doute que les autres effets du mariage ne sont que des conséquences facultatives, pouvant être écartées par la convention des parties. Cela ne veut même pas dire qu'ils ont été arbitrairement fixés par la loi et ne découlent pas de la manière la plus directe du principe sur lequel l'institution se fonde. Quoi de plus naturel que le mari doive protection à sa femme et la femme obéissance à son mari ? Quoi de plus naturel qu'ils aient l'un vis-à-vis de l'autre l'obligation de se secourir et de s'assister ? Quoi de plus naturel que la loi leur concède un droit successoral réciproque ? Mais à la différence de l'obligation de fidélité, ce ne sont pas là des effets sans lesquels le mariage ne se peut concevoir. S'ils en sont une suite naturelle et directe, ils n'entrent pas dans son essence. On conçoit qu'une institution légale puisse les anéantir en en laissant subsister la cause. Telle est la séparation de corps.

Quels sont, toutefois, les effets du mariage qu'elle fera cesser ; quels sont ceux, au contraire, qu'elle respectera ? Ici nous apparaît le caractère flottant de cette institution à double face, qui tire son origine de deux idées contraires, sinon contradictoires, le caractère indissoluble du mariage, la nécessité de mettre fin à un état de fait qu'il produit ; et qui se meut en législation entre deux points extrêmes : le maintien du lien conjugal et la cessation de la vie commune. Il est une conséquence du mariage que la séparation de corps ne saurait atteindre, c'est l'obligation de fidélité,

plus rigoureusement (1), l'impossibilité de contracter une nouvelle union; si par le fait de la séparation, cette conséquence du mariage prenait fin, le mariage lui-même aurait vécu et nous serions en présence d'un divorce. Inversement, il est une conséquence du mariage que la séparation fera toujours cesser, et par définition : c'est l'obligation de cohabiter. Mais le champ reste large entre ces deux limites. Le mariage produit encore de nombreux effets relativement à la personne des époux, à leur famille et à leurs biens. Le maintien ou la suppression de chacun de ces effets ne peut plus se déduire de la notion théorique de l'institution qui nous occupe, et, sur ces divers points, les conceptions législatives peuvent varier. Tel effet se rattachera pour les uns à l'existence du lien conjugal, pour les autres à cette communauté de vie et d'intérêts qui constitue le ménage. On donnera ainsi plus ou moins d'extension aux effets de la séparation de corps, qui se rapprochera ou s'éloignera du divorce.

Hormis la cessation de la vie commune, effet primordial de la séparation de corps consacré par le nom même de l'institution, le Code civil ne mentionnait qu'un autre effet, la séparation de biens. La disposition de l'article 308, aujourd'hui abrogée, relative à l'adultère de la femme, constituait moins, en effet, comme on en a fait la remarque, une conséquence de la sépa-

(1) Car il est inexact, ainsi qu'on le verra plus loin, de dire que la séparation de corps ne touche pas à l'obligation de fidélité, puisqu'elle enlève toute sanction pénale à cette obligation, en ce qui concerne le mari.

ration qu'une conséquence de l'adultère. Extinction de l'obligation imposée aux époux par l'article 214, et, s'il y a lieu, substitution à leur régime matrimonial d'un régime matrimonial nouveau, tels étaient donc les seuls effets de la séparation de corps, formellement indiqués par le législateur de 1804. Son silence sur tous les autres points a causé des divergences de doctrine. Devait-on s'en tenir strictement à la loi et maintenir tous les effets du mariage dont elle ne s'occupait pas? Devait-on, au contraire, se référant aux textes du divorce, étendre à la séparation de corps tous les effets de cette institution, compatibles avec le maintien du lien conjugal? Devait-on, du moins, appliquer à la séparation de corps ceux de ces effets qui se rattachent étroitement à la vie commune? Il semble bien que, de ces trois systèmes, le dernier soit le plus juridique. D'une part, en effet, il n'est guère possible d'admettre que le Code civil ait entendu restreindre à la cessation de la vie commune et à la séparation de biens les effets de la séparation de corps. On peut trouver dans le Code civil lui-même certaines dispositions prouvant qu'il n'en est pas ainsi, l'article 1518, notamment, qui prive du droit au préciput le conjoint contre lequel la séparation est prononcée. D'autre part, les deux institutions étant opposées dans leur principe, on ne peut croire que le législateur ait entendu, sans s'en être expliqué, étendre à l'une tous les effets de l'autre qui ne se rattachent pas étroitement à la différence fondamentale. Cependant, au cours du siècle, le développement de la jurisprudence s'est produit dans le sens de l'extension la plus large des effets du divorce à la

séparation de corps. Et, confirmant cette jurisprudence, un important mouvement législatif s'est produit dans le même sens. Ce mouvement, dont nous aurons, chemin faisant, à marquer les étapes, a abouti à la loi du 6 février 1893, qui, dans sa disposition principale, restitue à la femme séparée le plein exercice de sa capacité civile.

Pour étudier le rapprochement qui s'est produit à cet égard entre la séparation de corps et le divorce, nous examinerons les effets de la séparation, d'abord quant aux personnes, ensuite quant aux biens.

SECTION I

Effets quant aux personnes.

La séparation de corps étant susceptible de modifier la situation des conjoints et celle de leur famille, nous nous placerons successivement à ces deux points de vue.

Effets de la séparation de corps relativement aux époux. — Avant tout, le mariage impose aux conjoints l'obligation de fidélité. Cette obligation qui est, nous l'avons dit, l'effet essentiel du mariage qui est en quelque sorte le mariage lui-même, ne sera pas éteinte par la séparation de corps. Ce n'est pas à dire, toutefois, que la séparation de corps ne produit aucun effet relativement à cette obligation et la laisse subsister intacte. Le devoir de fidélité est sanctionné par la loi civile et par la loi pénale. Quant à la sanction civile qui est le droit pour l'époux trompé de demander le divorce, elle subsiste après comme avant la séparation de corps. Mais, il n'en est pas de même de la sanction pénale. L'article 339 du Code pénal, en effet, ne punit l'adultère du mari qu'autant qu'il a eu lieu dans le domicile commun. Or, il n'y a plus de domicile commun après la séparation de corps ;

l'adultère du mari est donc dépourvu de sanction pénale. Cela est incontestable depuis la loi de 1893, qui attribue à la femme séparée de corps un domicile légal autre que celui de son mari. Mais cela ne pouvait faire aucun doute, même avant cette loi, car l'article 339 du Code pénal ne parle pas de domicile, mais de « maison conjugale ». Cependant la question fut portée devant les Tribunaux qui décidèrent que l'adultère du mari après la séparation de corps, par suite de l'absence de maison conjugale, n'avait plus le caractère délictuel (1) et tirèrent cette conséquence intéressante que la femme séparée, poursuivie elle-même pour adultère, ne pouvait opposer l'adultère de son mari, commis depuis la séparation, comme une fin de non recevoir à la poursuite dirigée contre elle (2). Mais l'adultère commis par le mari dans le domicile commun, pendant l'instance en séparation de corps, alors même que la femme a été autorisée à avoir une résidence distincte durant le procès, est sanctionné pénalement, car, tant que la séparation de corps n'est pas définitivement prononcée, ce domicile conserve le caractère de maison conjugale (3) (4).

(1) Cassation, 27 avril, 1838, S. 1838, 4, 538.

(2) Paris, 4 décembre 1857, S. 58, 2, 421. — Lyon, 7 janvier 1873, S. 73, 2, 231.

(3) Bordeaux, 21 avril 58, S. 58, 2, 487. — Cassation, 17 août, 83, S. 85, 1, 281.

(4) A propos de l'adultère, on peut se demander si l'art. 298 qui vise l'hypothèse du divorce et qui prohibe le mariage du coupable avec son complice, s'applique au cas de séparation prononcée pour cette cause. La doctrine est à peu près unanime

De ce que le devoir de fidélité subsiste, il s'ensuit que la présomption de paternité n'est pas détruite, encore qu'affaiblie, ainsi que nous le verrons plus loin (1).

Aux termes de l'article 212, outre la fidélité, les époux se doivent encore secours et assistance. Par assistance, il faut entendre l'ensemble des soins matériels et moraux que les époux se doivent mutuellement au cours de leur union. Mais ces soins qui sont donnés en personne, ne peuvent l'être qu'autant qu'existe la vie commune. Le devoir d'assistance cessera donc, à notre avis, par la séparation de corps pour la simple raison que l'exercice ne saurait alors s'en concevoir.

Le devoir de secours n'est autre que l'obligation pour chaque époux de subvenir pécuniairement aux besoins de son conjoint qui n'est pas lui-même en état de se suffire. Ainsi, l'article 212 consacre l'existence d'une dette alimentaire qui, ayant sa source dans

pour adopter la négative en se fondant sur ce que les empêchements au mariage sont de droit étroit. Du reste, la question ne peut se poser que dans le cas où le conjoint trompé est mort depuis la séparation. — Amiens, 16 février 1897, D. 97, 2, 492.

(1) Le mari qui, après la séparation de corps tenterait par la force d'avoir avec sa femme des rapports sexuels auxquels elle ne consentirait point, serait-il coupable de crime de viol? Il semble bien que la dispense de la cohabitation entraîne celle de fournir le devoir conjugal et par suite l'extinction du droit correspondant à cette obligation, d'où il résulterait que le caractère illicite des rapports qui est avec la violence un élément essentiel du crime de viol, se trouverait ici réalisé. On est, toutefois, obligé de reconnaître que la question est discutable. Elle a d'ailleurs un intérêt pratique à peu près nul.

le mariage, durera autant que lui et s'éteindra à sa dissolution produite par la mort ou le divorce. Mais la séparation de corps laissera subsister cette dette, car elle ne fait que relâcher le lien conjugal sans le rompre et, d'autre part, nous ne sommes pas en présence d'un de ces effets du mariage qui exigent la vie commune pour se réaliser. Jurisprudence constante en faveur de cette solution (1). La pension alimentaire de l'article 212 n'a, on le voit, rien de commun avec celle de l'article 301 faite pour le divorce, c'est-à-dire pour un cas où l'article 212 ne s'appliquant plus, tel époux eût pu se voir réduit à la misère. De l'époux coupable, le législateur n'avait pas à s'en occuper : par sa faute, il a rendu le divorce nécessaire, il doit en accepter sans se plaindre toutes les conséquences. Mais refuser tout secours à l'époux victime après le divorce, c'eût été le plus souvent l'empêcher de le demander et créer ainsi une institution spéciale aux riches. Aussi l'article 301 permet-il au tribunal d'accorder le cas échéant, à l'époux qui a obtenu le divorce, une pension alimentaire à la charge de l'autre conjoint. Ainsi, tandis que la pension de l'article 212 prend naissance avec le mariage et cesse avec lui, celle de l'article 301 naît précisément à sa dissolution. De plus, tandis que la pension de l'article 212 est accordée même à l'époux contre qui la séparation de corps a été prononcée, si c'est lui qui est dans le besoin, celle de l'article 301

(1) Cassation, 7 avril 73, S. 73, 4, 337. — Cass., 3 avril 83, S. 84, 4, 71. — Cass., 27 janvier 90, S. 90, 4, 216.

n'est accordée qu'à l'époux qui a obtenu le divorce. Tandis que la pension de l'article 212 qui cesse avec le mariage s'éteint à la fois par la mort du créancier et du débiteur et ne passe pas à leurs héritiers, celle de l'article 301 grève, au contraire, la succession de l'époux coupable et ne s'éteint que par la mort du créancier. Enfin, la quotité de la pension alimentaire fondée sur l'article 212 pourra être librement déterminée par le juge, à qui la loi ne fixe aucune limite; celle de l'article 301 ne pourra excéder le tiers des revenus du débiteur.

Or, une jurisprudence aujourd'hui bien établie (1), étend à la séparation de corps la disposition de l'article 301 faite spécialement pour le divorce. En telle sorte que le juge pourra accorder à l'époux en faveur de qui la séparation est prononcée, une pension alimentaire fondée soit sur l'article 212, soit sur l'article 301. Les différences déjà signalées entre ces deux pensions montrent assez l'intérêt qu'il y aura à connaître en vertu de quel texte la pension alimentaire a été accordée. Mais un autre intérêt non moins important et non moins pratique se présente au cas de conversion de la séparation de corps en divorce. En effet, le droit à la pension alimentaire s'éteindra lors de la conversion si la pension a été accordée en vertu de l'article 212. Il survivra, au contraire, si elle a été accordée en vertu de l'article 301 (2), alors même que

(1) Cassation, 2 avril 61, S. 61, 4, 410. Cass., 7 avril 73, S. 73, 4, 337 déjà cité.

(2) Cassation, 4 février 89, S. 89, 4, 228.

cette conversion aurait lieu à la requête de l'époux coupable, car le divorce n'est pas pour cela prononcé à son profit (1). Quant à la question de savoir en vertu de quel article la pension a été accordée, si elle n'est pas formellement tranchée par le jugement lui-même, il faudra la résoudre suivant les circonstances. Il va sans dire, d'abord, que si la pension a été accordée à l'époux contre qui la séparation est prononcée, il ne peut s'agir de l'article 301. Et de même au cas où la séparation a été prononcée à la fois contre les deux époux. Enfin, même au cas où la pension est accordée à celui qui obtient la séparation de corps, elle ne peut être fondée sur l'article 301, si elle excède le tiers des revenus de l'autre conjoint (2). En somme, il y aura là une question de fait à résoudre dans chaque espèce. Certains arrêts de Cour d'appel, poussant encore plus loin l'assimilation entre la séparation de corps et le divorce, ont voulu établir une présomption en faveur de l'article 301 (3). Mais la Cour de cassation ne les a pas suivis dans cette voie (4).

Le mariage impose encore au mari le devoir de protection, à la femme le devoir d'obéissance. Ces deux devoirs corrélatifs et très généraux résument l'ensemble des privilèges et des charges attribués au mari

(1) Douai, 29 juin 85; Alger, 2 février 86, S. 86, 2, 177. Cassation, 4 février 89, S. 89, 1, 228 déjà cité.

(2) Douai, 29 juin 85, S. 86, 2, 177 déjà cité.

(3) Riom, 27 janvier 87, S. 88, 2, 214. Paris, 15 mars 87, S. 88, 2, 213.

(4) Cassation, 3 janvier 93, S. 93, 1, 225.

en sa qualité de chef de la famille. Ils se manifestent juridiquement dans la cohabitation, la tutelle de la femme interdite et l'incapacité de la femme mariée.

A. Le mari est obligé de recevoir sa femme chez lui et la femme obligée de le suivre partout où il juge à propos de s'établir. L'effet essentiel de la séparation de corps est précisément de faire cesser pour chaque époux le droit et l'obligation de vivre sous le même toit que son conjoint. Mais sous l'empire du Code civil, l'effet de la séparation de corps en cette matière était simplement de conférer aux époux le droit à une résidence distincte. Car l'article 108 attribuant à la femme pour domicile légal le domicile de son mari, ne faisait aucune exception pour la femme séparée de corps. Cependant la question était controversée dans la doctrine et la jurisprudence avait admis, malgré la généralité de l'article 108, que la séparation de corps conférait à la femme un domicile propre (1). Telle était, d'ailleurs, la solution de l'ancien droit (2), et elle a pour elle l'avantage de ne pas mettre la femme à la discrétion du mari qui eût souvent négligé — parfois même à dessein — de lui faire parvenir les significations à elle adressées. Quoi qu'il en soit, la loi de 1893 a dissipé le doute. Cette loi, supprimant la dépendance où se trouvait encore vis-à-vis de son mari la femme séparée pour tous les actes de la vie juridique, devait

(1) Orléans, 25 novembre 48, D. 49, 2, 9. Cassation, 19 août 72, D. 73, 4, 479.

(2) Pothier, *Traité du contrat de mariage*, n° 522.

logiquement lui reconnaître un domicile indépendant. Elle a, en effet, modifié en ce sens l'article 108 du Code civil. Néanmoins, le mariage subsistant encore après la séparation et le mari restant le chef de la famille, les significations faites à la femme, en matière de questions d'état devront, à raison de leur caractère spécial, être en même temps adressées au mari, sous peine de nullité (art. 108, dernier alinéa). A cette restriction près, la femme séparée a maintenant, comme la femme divorcée, un domicile légal qui lui est propre, et elle est libre de le fixer où bon lui semble, sans qu'aucune entrave puisse être apportée à ce droit par le jugement prononçant la séparation ou par un jugement postérieur (1), sauf, peut-être, si la garde des enfants lui a été confiée, auquel cas elle ne pourrait, semble-t-il, user du droit de se choisir librement un domicile dans le but de soustraire les enfants à la surveillance paternelle (2).

Le droit pour la femme de choisir librement son domicile emporte-t-il celui de changer de nationalité? Antérieurement à la loi de 1893, la jurisprudence décidait avec raison que l'autorisation maritale ou judiciaire était nécessaire à la femme pour qu'elle pût opérer un changement aussi grave dans son statut personnel (3). Il y a donc là non plus une question de domicile, mais une question de capacité. Mais depuis 1893, la femme séparée ayant le plein exercice de sa

(1) Voir cependant Toulouse, 29 juin 1864, D. 64, 2, 474.

(2) Cassation, 29 avril 1862. D. 62, 4, 515.

(3) Paris, 17 juillet 76, S. 1876, 2, 249.

capacité civile, on est obligé de lui reconnaître le droit de changer de nationalité sans autorisation. Il va sans dire, du reste, que sa naturalisation n'empêchera pas la loi française de continuer à régir son mariage au regard des tribunaux français (1).

La résidence provisoire que le juge peut assigner à la femme pendant l'instance ne constitue pas pour elle un domicile au sens légal du mot, tout au moins en ce qui concerne ses rapports avec les tiers qui adresseront leurs significations au domicile du mari, Mais vis-à-vis de ce dernier, la résidence provisoire constitue le véritable domicile de la femme, et c'est là que doivent être adressées les significations faites par lui. On ne saurait, en effet, se contenter de significations faites par le mari à son propre domicile. Telle est, du moins, la distinction très raisonnable qui se trouve dans certains arrêts (2).

B. Aux termes de l'article 506, le mari est de droit le tuteur de sa femme interdite. L'esprit de cette disposition, édictée dans l'intérêt de la femme, prouve suffisamment qu'elle doit cesser de s'appliquer après la séparation de corps comme après le divorce, bien que la loi ne le dise pas. Il n'y a jamais eu en doctrine ni en jurisprudence la moindre difficulté sur ce point (3). Si le mari, en effet, offre ordinairement comme tuteur

(1) Paris précité et Cassation, 18 mars 78, S. 78, 1, 193.

(2) Nîmes, 13 août 1841, S. 41, 2, 611. En sens contraire : Aix, 15 avril 1839, S. 39, 2, 391.

(3) Dijon, 18 mars 1857, S. 57, 2, 328. Cassation, 25 novembre 1857, S. 58, 1, 290. Nancy, 15 mai 1868, S. 69, 2, 149.

de sa femme, toutes garanties de dévouement et d'affection, après une séparation de corps — qu'elle ait été prononcée pour lui ou contre lui — il est au contraire suspect de malveillance (1).

Au surplus, la surveillance du tuteur s'applique autant à la personne qu'aux biens de l'interdit. Elle exige donc, pour s'exercer efficacement, sinon la cohabitation tout au moins une certaine proximité. L'article 506 ne pourrait donc, après la séparation de corps, recevoir une application régulière et complète; il serait même jusqu'à un certain point en contradiction avec le jugement autorisant la femme à se fixer loin du mari et le mari à ne pas la recevoir. La jurisprudence décide même que l'article 506 cesse de s'appliquer non seulement après la séparation de corps prononcée mais aussi dans le cas où antérieurement à la demande en interdiction la femme a été autorisée par ordonnance du président à former sa demande en séparation et à résider provisoirement hors du domicile conjugal (2).

C. Mais l'application la plus importante des devoirs corrélatifs de protection et d'obéissance réside en l'incapacité civile dont le mariage frappe la femme. L'incapacité de la femme mariée se manifeste par la nécessité où elle se trouve d'obtenir l'autorisation de

(1) Ce motif conduit à décider que si la femme est mineure, après la séparation de corps elle n'aura pas de plein droit son mari pour curateur. Le curateur devra être nommé par le conseil de famille conformément à l'article 480.

(2) Poitiers, 22 avril 69, S. 69, 2, 181.

son mari et, à son défaut, l'autorisation de la justice pour accomplir les divers actes de la vie juridique. A vrai dire, cette incapacité se rattache plutôt, comme le remarquent les auteurs, au devoir d'obéissance qui incombe à la femme mariée qu'au devoir de protection qui incombe à son mari ; elle n'a pas en effet son fondement dans la faiblesse de la femme, son inexpérience, ou sa légèreté, puisqu'elle ne frappe pas les femmes célibataires, veuves ou divorcées. Elle n'est pas davantage édictée dans l'intérêt personnel du mari puisque la femme peut en appeler de son mari à la justice. L'incapacité de la femme mariée a son fondement et sa justification dans l'intérêt du ménage. Elle a pour but de centraliser en des mains uniques le gouvernement des intérêts communs de la famille et d'assurer au mari la direction exclusive de l'association conjugale. Du fondement de cette incapacité il résulte logiquement qu'elle doit cesser après la séparation de corps. Elle n'est pas, en effet, une conséquence du mariage, du moins si l'on entend par là une conséquence directe. Elle est une conséquence de la vie commune qui elle-même, sans doute, résulte bien du mariage, mais qui peut cesser avant le mariage par la séparation de corps. Néanmoins, les rédacteurs du Code civil, partant de cette idée que l'incapacité de la femme est une conséquence du lien conjugal la faisaient durer autant que lui et la maintenaient après la séparation de corps à cette restriction près que la séparation de corps entraînant la séparation de biens la femme séparée de corps avait du moins la capacité relative de l'article 1449 et pouvait notamment —

encore plusieurs de ces points étaient-ils sujets à controverse — faire des baux de neuf ans sur ses immeubles; toucher ses revenus, en donner quittance et en faire un libre emploi; s'obliger dans les limites de son droit d'administration; aliéner ses meubles corporels et incorporels tout au moins à titre onéreux et en tant que l'aliénation n'excédait pas les besoins de son administration; transiger sur les divers actes qu'elle pouvait accomplir; procéder au partage des successions mobilières qui lui étaient échues. Pour tous les actes ne rentrant pas dans ce pouvoir d'administration, la femme séparée de corps restait incapable aux termes du droit commun et comme telle soumise à l'autorisation maritale ou judiciaire.

Il est facile d'apercevoir les inconvénients résultant pour elle de cette situation. L'autorisation maritale? On conçoit quelles vont être les dispositions du mari à l'égard de sa femme après la séparation de corps. Souvent il se fera un jeu de refuser son autorisation ou de la différer par esprit de tracasserie et de vengeance. Parfois même, il la subordonnera à des conditions humiliantes pour la femme, ou onéreuses. L'autorisation de la justice? Mais alors que de retards et que de frais! Le caractère intolérable d'un pareil régime éclatait encore plus clairement depuis le rétablissement du divorce qui faisait à la femme une situation infiniment meilleure. La comparaison à ce simple point de vue entre le sort respectif de la femme divorcée et de la femme séparée n'était-elle pas faite pour fournir une prime au divorce et y pousser des femmes à qui leurs scrupules religieux l'eussent interdit?

Aussi dès 1884, la nécessité d'une réforme se fit-elle sentir. Le 12 juin de cette année, un projet fut déposé au Sénat, signé de MM. Allou, Batbie, Denormandie et Jules Simon, sénateurs. Ce projet, qui avait pour but véritable de faire échouer le rétablissement du divorce, contenait à la fois des dispositions relatives aux nullités de mariage, à la procédure de la séparation de corps et à ses effets. Sur ce dernier point, le projet ne supprimait pas le principe de l'autorisation, mais il permettait à la femme de s'adresser directement à la justice en notifiant la requête à son mari pour qu'il pût intervenir. Après une première discussion, le projet fut renvoyé au Conseil d'Etat, la partie relative aux nullités de mariage fut écartée. Les dispositions relatives à la procédure passèrent dans la loi de 1886. Quant à la partie relative aux effets de la séparation de corps et notamment à la capacité de la femme, le Conseil d'Etat la transforma : allant plus loin que les auteurs du projet, il fut d'avis de rendre à la femme sa capacité complète. La proposition fut renvoyée au Sénat où elle donna lieu à une nouvelle discussion qui aboutit à un système mixte (1) consistant à distinguer entre le cas où la séparation a été obtenue par la femme et le cas où elle a été prononcée contre elle. Dans le premier cas la femme recouvre sa pleine capacité ; elle reste soumise dans le second à l'autorisation de son mari ou de justice. Dans l'intérêt de la femme, le cas où la séparation a été prononcée aux torts réci-

(1) Amendement Bardoux.

proques des deux époux est assimilé à cet égard au premier des cas précédents. Mais la Chambre des députés revint au système du Conseil d'Etat et son texte, enfin adopté par le Sénat, devint la loi du 6 février 1893 *portant modification au régime de la séparation de corps*.

Cette loi renferme des dispositions d'ordre divers. L'une relative au domicile de la femme séparée (article 1^{er} de la loi modifiant l'art. 108 du Code civil) a été examinée déjà. Il en est de même des dispositions concernant les voies de recours en matière de séparation (art. 4 de la loi modifiant l'art. 248 du Code civil). Ces dispositions relatives au nom des époux divorcés et séparés (art. 2 et 3 de la loi modifiant les art. 299 et 311 du Code civil) seront examinées plus loin. Nous ne nous occupons ici que de la disposition principale (art. 3 modifiant l'art. 311 du Code civil) relative à la capacité de la femme séparée de corps et encore réservons-nous pour le chapitre suivant l'étude des effets de la réconciliation sur cette capacité.

La disposition restituant à la femme séparée de corps le plein exercice de sa capacité s'applique aussi bien à la femme contre qui la séparation a été prononcée qu'à celle qui l'a obtenue. Dans les deux hypothèses elle dispense la femme de recourir à l'autorisation de son mari ou de justice pour accomplir tous les actes judiciaires ou extrajudiciaires de la vie civile. Ainsi, au point de vue de la capacité, la situation de la femme séparée de corps est aujourd'hui, à peu de choses près, analogue à celle de la femme divorcée. Comme la femme divorcée la femme séparée acquiert,

exerce et aliène toutes sortes de droits; elle contracte et exécute toutes sortes d'obligations conformément aux lois qui régissent les personnes en état de majorité, si elle est majeure, en état d'émancipation si elle est mineure. Pour nous en tenir au cas de majorité, en dehors de la capacité relative qui résulte pour elle de la séparation de biens et qui se restreint à l'administration et à la jouissance de ses biens, la femme séparée de corps pourra librement exercer les droits relatifs à la personne (1), sous la seule restriction de l'article 108 en matière de questions d'état. Elle pourra librement aliéner même ses immeubles à titre onéreux ou gratuit, les grever de droits réels et consentir sur eux des baux de plus de neuf ans. Elle pourra librement acheter au comptant ou à crédit des meubles et des immeubles, accepter et partager des successions même immobilières, recevoir des donations. Elle pourra librement s'obliger, transiger et compromettre. Elle pourra librement ester justice (2). Elle pourra librement faire le commerce.

(1) Pour le changement de nationalité, voir *sup.*, p. 81.

(2) L'art. 83, 6° du Code de procédure civile déclare communicables au ministère public les causes des femmes mariées non autorisées de leur mari, ou même autorisées si elles sont mariées sous le régime dotal et s'il s'agit de leur dot. La loi de 1893 a-t-elle pour effet de soustraire les causes des femmes séparées à la nécessité de la communication? Nous pensons avec M. E. Bouvier (*Revue critique*, 1894, p. 42 et suiv.) qu'une distinction doit être faite entre les deux hypothèses prévues par l'art. 83, 6°. Pour le cas où il s'agit de la dot sous le régime dotal, cet article continue à s'appliquer après la séparation de corps, car la loi de 1893, ainsi qu'on le verra plus loin

Toutefois même depuis 1893, l'assimilation entre la femme séparée et la femme divorcée au point de vue de la capacité n'est pas absolument complète. La séparation de corps, en effet, ne dissolvant pas le mariage et encore qu'elle entraîne la séparation de biens, laisse subsister tout ce que la séparation de biens, respecte dans l'ancien régime matrimonial des époux. Si elle lève l'incapacité générale de la femme mariée, elle ne touche pas à l'incapacité spéciale dont la femme peut être frappée en vertu de son contrat de mariage. En d'autres termes la loi de 1893 a eu pour but de permettre à la femme d'accomplir seule les actes qu'elle eût pu accomplir avant cette loi avec l'autorisation de son mari ou de justice, mais ces actes-là seulement. Le texte même de la loi et les travaux préparatoires ne permettent aucun doute à ce sujet (1).

(*infra*, p. 90) ne touche en rien aux mesures protectrices de la dot. Pour l'autre cas, la loi de 1893 a pour effet de soustraire la femme séparée à l'application de l'art. 83, 6°, malgré la généralité de ce texte. Toutefois si on partage l'opinion des auteurs qui estiment que la loi de 1893 laisse subsister la nécessité de l'autorisation maritale pour certains actes concernant plus spécialement la direction morale de la personne, il faut décider que pour les causes relatives à ces actes la communication sera requise si la femme plaide sous l'autorisation de son mari. Car suivant l'heureuse formule donnée par M. E. Bouvier (*op. cit.*) *la nécessité de la communication a disparu dans la mesure où a disparu la nécessité de l'autorisation maritale*, mais dans cette mesure seulement.

(1) Voir séance du 20 janvier 1887 au Sénat, *Journ. of.*, Débats parlementaires, Sénat, p. 34. et le rapport de M. Arnault à la Chambre des députés le 28 novembre 1887, *Journ. of.*, Documents parlementaires année 1887, p. 438 et suivantes.

La question se pose en cas de dotalité. Evidemment si l'on rattache l'inaliénabilité dotale à l'idée d'indisponibilité, elle persiste après la séparation de corps. Mais même dans le système de la jurisprudence qui rattache la dotalité à l'idée d'incapacité, l'inaliénabilité survit à la séparation, car il s'agit ici d'une incapacité spéciale que l'autorisation du mari ou de la justice n'aurait pu lever. A la différence de la femme divorcée la femme séparée ne pourra donc aliéner ni grever sa dot. Le pourra-t-elle du moins dans les hypothèses particulières où la dot est aliénable soit avec autorisation du mari pour l'établissement des enfants communs (art. 1556), soit avec autorisation de justice dans les diverses hypothèses prévues par les articles 1558 et 1559, soit enfin avec autorisation du mari ou de justice pour l'établissement d'enfants issus d'un mariage antérieur (art. 1555)? Au premier abord il semble bien que nous rentrions ici dans l'esprit, et dans la lettre du nouvel article 311 et s'il est vrai que la loi de 1893 permet à la femme de faire seule tous les actes qu'elle eût pu faire antérieurement à cette loi avec autorisation les aliénations prévues par ces divers textes vont lui être librement permises. La majorité de la doctrine est pourtant en sens contraire (1). C'est qu'ici l'autorisation, du mari n'intervient pas pour relever la femme de son incapacité générale de femme mariée, mais pour la relever de son incapacité de femme dotale. On admet que cette incapacité persiste

(1) Voir Henri Coulon, *op. cit.*, t. V, p. 276 et suiv.

après la séparation de corps : il faut admettre qu'elle persiste telle quelle, c'est-à-dire pouvant être levée dans certains cas, mais sous certaines conditions. La femme séparée de corps aura donc besoin des autorisations prescrites pour aliéner le fonds dotal dans les cas exceptionnels où il peut l'être (1).

La loi de 1893 laisse subsister entre la femme séparée et la femme divorcée une autre différence, assez injustifiable, relative à la prescription de l'action en nullité des actes que la femme a accomplis en état d'incapacité. Elle n'a pas en effet modifié l'article 1304 qui ne fait courir cette prescription que du jour de la dissolution du mariage. C'est seulement aussi à dater de la dissolution du mariage que courra la prescription de l'action en nullité fondée sur l'incapacité dotale (art. 2255) même en ce qui concerne les actes faits par la femme depuis la séparation de corps.

Quel est l'effet de la séparation de corps relativement au nom des époux ? Cette question résolue à la fois pour le divorce et la séparation par la loi du 6 février 1893, renferme la question préalable de savoir si le mariage a quelque effet légal sur le nom des conjoints. Il est certain que l'usage très répandu pour la femme mariée de prendre le nom de son mari et pour le mari de joindre au sien celui de sa femme ne s'appuie sur aucun texte. Mais la jurisprudence a souvent reconnu là un véritable droit tout au moins en ce qui concerne

(1) Une autorisation lui sera donc nécessaire pour consentir à la cession du fonds dotal frappé d'expropriation pour cause d'utilité publique, loi du 3 mai 1841, art. 13.

la femme (1). Quel va être sur ce droit l'effet de la séparation de corps? La question a été longtemps discutée en matière de divorce où elle avait donné naissance à trois systèmes, consacrés chacun par des décisions judiciaires, l'un suivant lequel la femme divorcée continue à porter le nom de son mari, aucune décision judiciaire ne pouvant l'en empêcher (2); l'autre décidant qu'après le divorce la femme ne peut plus porter le nom de son mari et que point n'est besoin d'une décision judiciaire lui interdisant de le porter (3); l'autre enfin suivant lequel les tribunaux ont un pouvoir d'appréciation souverain pour autoriser la femme à continuer de porter le nom de son mari ou pour lui défendre de le porter (4). Mais en matière de séparation de corps aucune controverse sérieuse n'était possible. Si l'on reconnaissait à la femme mariée le droit de porter le nom de son mari et au mari le droit de joindre à son nom celui de sa femme, ce double droit étant la conséquence du lien conjugal qui les unit ne pouvait être atteint par la séparation de corps.

(1) Cassation 16 mars 1841, S. 41, 1, 532. Cass. 15 juin 1863, S. 63, 1, 281. Paris, 18 juillet 1877, S. 78, 2, 241. En sens contraire : Nîmes, 8 août 1887, S. 88, 2, 20. Poitiers, 11 juillet 1892, S. 92, 2, 285.

(2) Trib. de la Seine, 14 juin 1887, *Gazette du Palais*, 87, 2, 429.

(3) Trib. de Lyon, 4 mars 1886, S. 86, 2, 119. Trib. de Die, 12 août 1886, *Gazette du Palais*, 86, 2, 497.

(4) Trib. de Toulouse, 18 mai 1886, S. 86, 2, 119, Cour de Nîmes, 8 août 1887, *Gaz. Pal.* 88. 1, 24.

La loi de 1893 dispose dans son art. 2 (Code civil art. 299, 2^e alinéa) que par l'effet du divorce chaque époux reprend l'usage de son nom. Dans son art. 3 (Code civil, art. 311, 1^{er} alinéa), elle consacre en matière de séparation un des systèmes adoptés antérieurement par la jurisprudence pour le cas de divorce, Elle donne au tribunal le pouvoir d'interdire à la femme, par le jugement prononçant la séparation de corps ou par un jugement postérieur, de porter le nom de son mari. Elle lui donne aussi le pouvoir de l'autoriser à ne pas le porter. Elle lui donne enfin le pouvoir d'interdire au mari de joindre à son nom celui de sa femme. Trois hypothèses sont donc prévues par le texte : 1^o le mari dépose des conclusions tendant à interdire à la femme de porter son nom. Le tribunal a le pouvoir discrétionnaire de prononcer ou de ne pas prononcer cette interdiction; 2^o la femme dépose des conclusions tendant à l'autoriser à ne pas porter le nom de son mari. Le tribunal a le pouvoir discrétionnaire d'accorder ou de refuser cette autorisation. Il semble résulter de la solution donnée par la loi dans ces deux hypothèses qu'aujourd'hui la femme perd en se mariant son nom de famille pour prendre le nom de son mari, d'où on tirera cette conséquence que si le tribunal n'a pas eu à se prononcer, aucune conclusion n'étant déposée à cet effet, la femme continuera à porter le nom de son mari; 3^o la femme dépose des conclusions tendant à défendre au mari de porter le

(1) Tribunal de Toulouse, 18 mai 1886, S. 86, 2, 119. Cour de Nîmes, 8 août 1887, *Gaz. Pal.*, 88, 1. 24.

nom de sa femme en l'ajoutant au sien. Dans ce dernier cas il semble résulter du texte de la loi et des travaux préparatoires que le tribunal n'a pas un pouvoir discrétionnaire et que si pareilles conclusions sont déposées il est tenu d'y faire droit (1). Il existe, en effet, une différence de rédaction très sensible entre la première et la seconde phrase de l'art. 311, et au surplus, dans une séance du Sénat, le rapporteur, répondant à une question de M. Clément, a dit formellement que la demande de la femme ne pourrait être rejetée (2).

Quant à la sanction qui s'attache à ces dispositions de la loi de 1893, il ne peut être question de l'art. 259 du Code pénal relatif à l'usurpation de nom, car on ne saurait étendre une disposition de ce genre sans un texte formel. Seule est possible une sanction civile. Elle consistera en des dommages-intérêts prononcés sans qu'il soit nécessaire d'établir un préjudice, conformément au système appliqué par la jurisprudence en cas d'inexécution d'une obligation imposée par la loi ou par une décision judiciaire.

Effets de la séparation de corps relativement à la famille. — La controverse qui a pu s'élever sur le point de savoir si le divorce anéantit les rapports d'alliance ou tout au moins certaines conséquences

(1) La loi de 1893 ne reconnaît donc pas au mari un droit au nom de sa femme.

(2) Séance du 20 janvier 1887. *Journal off.*, Débats parlementaires. Sénat, p. 39. 3^e colonne.

juridiques de ces rapports ne saurait exister en matière de séparation. L'alliance tient au lien conjugal et la séparation de corps qui ne rompt pas ce lien la laissera subsister avec les droits, les obligations et les empêchements qui s'y rattachent.

Mais quels sont les effets de la séparation de corps en ce qui concerne les enfants ? A cet égard, il y a lieu de s'occuper séparément des enfants à naître et des enfants nés au moment où la séparation de corps intervient.

A. Pour les enfants à naître la présomption de légitimité continue à recevoir application. Elle est une conséquence de l'obligation de fidélité et cette obligation résiste, nous l'avons vu, à la séparation de corps. Toutefois, il semble excessif d'appliquer la présomption dans toute sa rigueur lorsque les époux sont séparés, car si elle a son origine dans l'obligation de fidélité, elle puise dans la cohabitation la vraisemblance qui fait sa force. Néanmoins, sous le Code civil elle continuait à fonctionner intégralement après comme avant la séparation de corps, et le mari séparé ne pouvait désavouer l'enfant qu'en se conformant au droit commun de la paternité résultant du mariage, c'est-à-dire en prouvant l'impossibilité physique de cohabitation pendant toute la période de gestation légale, ou par tout autre mode de preuve, à condition d'établir d'abord l'adultère de sa femme et le fait que la naissance de l'enfant lui avait été dissimulée. Une telle rigueur dans la présomption de paternité alors qu'il n'y a plus vie commune entre les conjoints, était

absolument injustifiable. Aussi, des propositions furent-elles faites le 14 brumaire an X, lors de la confection du Code civil, et plus tard, en 1816 et en 1834, qui n'aboutirent pas, peut-être parce que, supprimant totalement la présomption, elles parurent trop radicales. La loi du 6 décembre 1850, est enfin venue modifier l'art. 313 en affaiblissant la présomption de paternité sans toutefois la faire disparaître. Cette loi vise en même temps la séparation de corps provisoire résultant de l'ordonnance du juge qui autorise la femme à avoir un domicile séparé pendant l'instance, qu'il s'agisse d'ailleurs d'une instance en divorce ou en séparation, et la séparation définitive résultant du jugement. Pour le premier cas, elle décide que le mari pourra désavouer l'enfant né plus de 300 jours après la décision qui permet à la femme d'avoir un domicile séparé et moins de 180 jours depuis le rejet de la demande, solution commune, avons-nous dit, aux instances en séparation et en divorce. Pour le second cas, s'il s'agit d'un divorce, il est bien évident que la présomption de paternité ne s'applique plus (1) puisque le mariage est dissous (2). Nous rentrons alors dans l'hypothèse de l'article 315. S'il s'agit d'une séparation de corps, nous restons dans le domaine de l'article 313 :

(1) A condition toutefois que l'enfant soit né plus de 300 jours depuis le jugement définitif.

(2) Il y a à cet égard un vice de rédaction dans l'article 313 modifié par la loi de 1850, modifiée elle-même par la loi de 1886. Le texte doit être lu ainsi : *En cas de jugement de séparation de corps ou même de demande, soit de divorce, soit de séparation de corps...*

l'enfant naît sous la présomption *pater his est...*, mais il pourra être désavoué par le mari dans les conditions requises pour le premier cas.

Or on discute sur le caractère de ce désaveu. La Cour d'Amiens, dans un arrêt du 30 juin 1853 (S. 54, 2, 82) n'a vu dans la loi de 1850 qu'une disposition ayant pour objet de soustraire le mari en cas de séparation de corps aux exigences des articles 312 et 313 et de lui permettre de faire tomber par tous les modes de preuve la présomption de paternité. Ce système est probablement celui de la loi (1). Mais depuis un arrêt de Cassation du 19 août 1872 (S. 73, 1, 75) où il est dit « que l'article 313 Code civil, modifié par la loi du 6 décembre 1850 fait cesser la présomption légale de paternité pour le cas de séparation de corps, en même temps que l'ordonnance du juge fait cesser de fait et de droit la cohabitation des époux ; que dans cette situation déterminée le désaveu du mari est péremptoire... », la jurisprudence tout entière, appuyée par la majorité de la doctrine, met dans ce cas à la charge du défendeur et notamment de la femme, pour faire tomber le simple désaveu du mari, la preuve de la cohabitation à un moment de la période légale de gestation (2). Et si l'on considère

(1) Voir la note sous Amiens, S. 54, 2, 82.

(2) D'après la jurisprudence, le mari n'a même pas dans ce cas à prouver que son désaveu a été formé dans les délais fixés par l'article 316 Code civil. C'est au défendeur qu'incombe l'obligation pour faire échouer l'action en désaveu, de prouver qu'elle a été tardivement introduite. Riom 30 décembre 1896, S. 97, 2, 64. Paris 3 mars 1897, S. 97, 2, 112.

que cette preuve ne sera pas toujours facile, on aperçoit que la jurisprudence aboutit en somme à écarter la présomption de paternité et à assimiler la séparation au divorce à ceci près, que le mari, en cas de séparation, aura un désaveu à émettre.

Les termes de l'arrêt de cassation cités plus haut, par la confusion qui s'y révèle entre le caractère péremptoire attribué au désaveu du mari et la suppression complète de la présomption de paternité sont une preuve matérielle du lien étroit qui unit les deux choses. La même confusion se retrouve dans les motifs d'un jugement du Tribunal de Lyon, confirmé par la Cour, où l'on peut lire ceci : « Attendu qu'il est de doctrine et de jurisprudence qu'en matière de séparation de corps la présomption légale de paternité dérivant du mariage cesse de plein droit en même temps que l'ordonnance rendue par le juge en conformité de l'article 878 Code procédure civile fait cesser de droit et de fait la cohabitation des époux (1)... »

B.) Pour les enfants nés au moment où la demande est introduite, il y a lieu d'examiner à qui la garde va en être confiée après la séparation de corps.

Sur ce point, deux textes dérogent en matière de divorce aux règles ordinaires de la puissance pater-

(1) Lyon 3 juillet 1880, D. 91, 2, 99. Plusieurs arrêts consacrent la théorie du désaveu péremptoire sans toutefois commettre dans leurs termes la confusion que nous signalons. Toulouse 11 juin 1872, S. 74, 2, 173. Agen, 4 mars 1874, S. 75, 2, 166. Caen, 22 et 29 décembre 1880, S. 81, 2, 161. Montpellier, 21 juillet 1886, S. 88, 2, 100. Pau, 11 janvier 87, S. 87, 2, 226.

nelle. Les articles 302 et 303 disposent que les enfants seront confiés en principe à l'époux qui a obtenu le divorce, mais ils laissent au tribunal la liberté de déroger à cette règle en attribuant la garde des enfants ou de certains d'entre eux, soit à l'époux qui a succombé dans l'instance, soit même à un tiers sous réserve du droit de surveillance générale qui appartient encore au père et à la mère et de l'obligation pour l'un et l'autre de contribuer à leur entretien et à leur éducation proportionnellement à ses ressources. A coup sûr les motifs qui ont dicté ces dispositions se retrouvent avec toute leur force en matière de séparation de corps. Ici comme en cas de divorce, l'intérêt des enfants pourra commander d'en confier la garde à tel ou tel époux, ou même à un tiers, parent ou étranger. S'il est un cas où l'assimilation s'impose entre les effets des deux institutions, c'est bien le cas qui nous occupe. Certains auteurs éprouvent cependant quelques scrupules (1). Il est très grave, disent-ils, de déroger aux règles de la puissance paternelle alors que le législateur ne l'a pas fait. L'article 372 donne aux parents la surveillance et la garde de leurs enfants jusqu'à leur majorité ou à leur émancipation, et l'article 373 donne au père seul l'exercice de la puissance paternelle durant le mariage. Il est certain que le divorce dissolvant le mariage il fallait dans ce cas une disposition spéciale qui réglât le sort des enfants.

(1) Voir notamment Laurent, *Principes de droit civil*, t. III, n° 350.

Mais la séparation de corps respecte le mariage; nous sommes ici dans la lettre de l'article 373 et la garde des enfants doit être confiée à leur père sans qu'il y ait à se demander si c'est pour lui ou contre lui que la séparation a été prononcée.

Cette argumentation n'a pas convaincu la jurisprudence qui étend invariablement les articles 302 et 303 à la séparation de corps (1). Elle décide en conséquence que les enfants des époux séparés seront confiés en principe à l'époux en faveur de qui le jugement a été rendu même si c'est la femme (2); que toutefois, dans l'intérêt des enfants, ils pourront être confiés à l'autre époux; qu'ils pourront l'être même à un tiers (3); mais que dans tous les cas l'époux à qui la garde n'a pas été confiée, ou les deux époux si elle l'a été à un tiers, conserveront un droit de surveillance sur l'entretien et l'éducation de leurs enfants (4). Les décisions de la justice en cette matière ne sont d'ailleurs pas définitives. Elles peuvent toujours être modifiées, le cas échéant par le tribunal qui les a rendues et sur la demande des intéressés ou du ministère public (5). Au surplus, la disposition du jugement de séparation de corps par laquelle la garde des enfants a été confiée à l'un des époux ou à un tiers ne saurait

(1) Cassation, 17 juin 1845, S., 46, 1, 52. Cass. 22 janvier 1867, S., 67, 1, 212. Cass. 16 juillet 1888, S., 90, 1, 317.

(2) Cassation, 24 juillet 1878, S., 79, 1, 424.

(3) Cassation, 16 juillet 1888, S., 90, 1, 317, déjà cité.

(4) Cassation, 16 juillet 1888, précité.

(5) Cassation, 18 mars 1868, S., 68, 1, 208. Cassation, 25 août 1884, S., 84, 1, 424.

survivre à la séparation qu'elle cesse par la réconciliation des époux ou par la mort de l'un d'eux. Lorsque le jugement de séparation de corps cesse de produire ses effets par la mort de l'un des époux, le survivant recouvre, conserve ou acquiert l'exercice plein et entier de la puissance paternelle et devient le tuteur légal des enfants. Il aurait d'ailleurs l'exercice de la puissance paternelle alors même qu'il serait destitué de la tutelle (1). Enfin les dispositions relatives à la garde des enfants continuent à s'appliquer après la conversion en divorce, car aussi bien on se trouve alors dans l'hypothèse même pour laquelle les articles 302 et 303 ont été faits.

(1) Poitiers, 21 juillet 1890, D., 91, 2, 73.

SECTION II

Effets quant aux biens.

La séparation de corps emporte toujours la séparation de biens. Elle fait donc perdre au mari l'administration et la jouissance des biens de sa femme si leur régime matrimonial les lui conférait. Elle provoque s'il y a lieu la dissolution de la communauté ou la restitution de la dot. Sans vouloir nous arrêter ici aux questions qui n'entrent pas dans le cadre de cette étude, notamment à la question de savoir quel point de départ il faut attribuer à la séparation de biens résultant de la séparation de corps, soit entre les époux, soit vis-à-vis des tiers, nous observerons que depuis la loi de 1893 qui restitue à la femme séparée de corps le plein exercice de sa capacité civile, la séparation de corps fait plus que substituer à l'ancien régime matrimonial des époux un régime nouveau.

En définitive, la femme pouvant désormais disposer librement de ses biens on peut dire que la séparation de corps produit sur les relations pécuniaires des époux un effet analogue au divorce à ceci près du moins qu'elle laisse subsister l'inaliénabilité dotale, l'hypothèque légale de la femme mariée et la dispense d'inscription de cette hypothèque.

Sur le premier point, nous nous sommes déjà expliqués ; il convient toutefois de remarquer ici que par le fait de la séparation de biens l'inaliénabilité dotale subit une grave atteinte puisque, aux termes de l'article 1561, la dot est désormais prescriptible.

En ce qui concerne l'hypothèque légale de la femme mariée, il n'est pas douteux qu'elle subsiste après la séparation de corps. Elle subsiste non seulement pour la garantie des créances qui ont pris naissance avant la séparation — ce qui est l'évidence — mais encore par la garantie des créances qui pourront naître dans la suite. Alors même, en effet, que la liquidation de la société conjugale se termine par le paiement intégral des reprises de la femme d'autres créances peuvent encore naître qui seront des créances de femme mariée puisque le mariage n'est pas dissous. Au surplus, il est possible que les époux séparés rétablissent leur régime primitif. On peut à cet égard critiquer le système de la loi. A coup sûr, il était logique sous le Code civil, alors que la séparation de corps laissait fonctionner l'autorité maritale, mais il faut reconnaître que la loi de 1893 le rend assez difficile à justifier. Quoi qu'il en soit, la femme séparée de corps conserve son hypothèque légale sur les immeubles de son mari, alors même que la liquidation n'a établi à son profit aucune créance, et elle pourra, suivant l'opinion générale, inscrire cette hypothèque avant d'être effectivement créancière (1) dans le but

(1) En sens contraire, Bordeaux, 22 juillet 1869, S. 70, 2, 80,

d'éviter les déchéances possibles provenant du défaut d'inscription, soit en cas de purge, soit en cas de dissolution du mariage. Mais s'il est vrai que l'hypothèque légale de la femme mariée subsiste après la séparation de corps même pour la garantie des créances qui pourront naître dans la suite, il apparaît clairement que hors le cas de réconciliation cette hypothèque n'aura plus guère d'application pratique. Ceci est vrai surtout dans le système qui restreint l'hypothèque légale de la femme aux créances qui naissent du contrat de mariage par opposition à celles qui naissent du mariage, en d'autres termes aux seules créances qui ont pour cause la gestion du patrimoine de la femme par le mari, aux créances provenant d'actes que le mari a accomplis en vertu de ses fonctions de mari et non seulement en vertu de sa qualité de mari (1). Ce système est consacré par plusieurs arrêts (2) qui en font une application intéressante en décidant que la pension alimentaire mise à la charge du mari par le jugement de séparation de corps, si elle est garantie par l'hypothèque judiciaire, ne l'est pas par l'hypothèque légale, ce qui, on le conçoit, offre le plus grand intérêt au point de vue du rang — tout au moins si l'on admet que dans ce cas l'hypothèque

(1) Voir Wahl, note sous Dijon, S. 95, 2, 25.

(2) Lyon, 16 juillet 1881, S. 82, 2, 237. Caen, 21 août 1883, S. 84, 2, 30. Besançon, 21 décembre 1894, S. 95, 2, 28. En sens contraire : Dijon, 16 juin 1893, S. 95, 2, 25. Dijon, 4 juin 1894, *eod. loc.* Douai, 16 mai 1895, S. 95 2, 269. Cassation, 25 juin 1895, S. 95, 1, 348.

légale date du jour de la célébration du mariage — et, en tout cas, au point de vue de la dispense d'inscription.

La séparation de corps n'oblige pas la femme ainsi que le fait le divorce à inscrire son hypothèque dans l'année pour lui conserver son rang, l'art. 8 de la loi du 23 mars 1855, n'étant fait que pour le cas où il y a dissolution du mariage.

La séparation de corps entraîne en outre certaines déchéances dont la plus grave infligée à l'époux coupable par la loi du 9 mars 1891, est la privation de tout droit dans la succession de son conjoint. L'ancien article 767 ne s'occupait que du divorce. D'ailleurs, la disposition qu'il renferme encore pour ce cas spécial, constitue plutôt qu'une déchéance proprement dite, une conséquence naturelle de l'événement juridique qui a opéré la rupture de tout lien civil entre les époux. Aussi, est-elle réciproque. L'innovation de 1891, tout en rapprochant dans son résultat la séparation de corps du divorce, s'est inspirée d'une idée différente. En s'appuyant sur une interprétation de volonté, elle édicte une véritable peine contre l'époux qui a succombé dans l'instance en séparation de corps, et c'est lui seul qu'elle déclare déchu de son droit successoral. On peut faire maintes objections au système de la loi. Sans doute les droits reconnus par l'article 767 au conjoint survivant se fondent sur l'affection présumée du *de cuius*, et il y a tout lieu de croire que cette affection a disparu chez l'époux offensé. Mais en définitive, le droit successoral résulte directement

du lien qui unit les époux, nous en avons justement une preuve dans la disposition de l'article 767 relative au divorce. Après tout, les autres droits successoraux reconnus par notre loi civile entre parents légitimes ou naturels sont eux aussi fondés sur une semblable présomption, mais cette présomption est intimement liée à la qualité de parent, et elle ne tombe qu'en cas de disposition testamentaire ou d'indignité. On crée ici, précisément, un nouveau cas d'indignité spécial aux successions entre conjoints, mais il faut reconnaître qu'il y a disproportion, quant à leur gravité, entre ce cas spécial et les trois cas généraux de l'article 727, ou tout au moins deux de ces cas. Est-il certain, d'ailleurs, que par le simple fait de la séparation toute affection ait disparu? Le *de cuius*, remarquons-le, n'a pas exhéredé son conjoint. Il n'a pas non plus, de son vivant, demandé la conversion en divorce, comme c'était son droit au bout de trois ans de séparation. En tout cas, le mariage n'étant pas dissous, et en l'absence de dispositions testamentaires la loi devait plutôt présumer le pardon qu'édicter une déchéance qui va pouvoir profiter à des parents éloignés ou à l'Etat.

Quel que soit le poids de ces objections, le législateur de 1891, considérant que l'affection entre les époux doit être éteinte puisqu'ils ne se sont pas réconciliés; que l'absence de dispositions testamentaires exhéredant le conjoint tient à la négligence du *de cuius* ou à cette répugnance à tester si naturelle et si fréquente, qu'elle a justement motivé la loi de 1891; que d'ailleurs le conjoint qui a obtenu la séparation pourra

toujours disposer en faveur de son conjoint dans les limites du disponible entre époux (1), a édicté une déchéance qui fait produire à la séparation de corps un effet identique au divorce, en ce qui concerne l'époux coupable et en ce qui concerne les deux époux, si le jugement a été prononcé à leurs torts réciproques (2).

D'autres déchéances sont attachées à la séparation de corps par le Code civil et des lois spéciales. L'article 1518 du Code civil, mettant sur la même ligne le divorce et la séparation de corps, prive dans les deux cas de son droit au préciput l'époux qui a succombé dans l'instance. On applique d'ailleurs cette disposition à tous les gains de survie, en général.

La loi du 11 avril 1831, sur les pensions de l'armée de terre, modifiée par la loi du 25 juin 1861, article 6, prive du droit à la pension la femme contre laquelle la séparation de corps a été prononcée. Il en est de même de la loi du 18 avril 1831, sur les pensions de l'armée de mer modifiée par la loi du 26 juin 1861, article 2 (3), de la loi du 9 juin 1853, sur les pensions civiles

(1) La séparation de corps ne change rien aux règles du disponible entre époux.

(2) Pour que la déchéance de l'art. 767 soit encourue, il faut, bien entendu, un jugement de séparation de corps passé en force de chose jugée.

(3) La loi du 11 avril 1831, art. 20 et la loi du 18 avril 1831, art. 20, privaient de la pension la femme séparée, alors même que la séparation de corps avait été prononcée aux torts du mari. La loi du 25 juin 1861, art. 6 et la loi du 26 juin 1861, art. 2, restreignent la déchéance au cas où la séparation a été prononcée contre la femme.

(art. 43) et de la loi du 14 juillet 1866, relative aux droits d'auteur. Toutes ces lois, sans aucun doute, sont applicables au divorce, et dans ce cas il n'y aurait même pas lieu, selon nous, de distinguer suivant que le divorce a été obtenu par la femme ou prononcé contre elle. Enfin, la loi du 9 avril 1898, sur les accidents du travail, dans son article 3, prive du droit à la rente viagère accordée au conjoint de l'ouvrier décédé, le conjoint divorcé ou séparé de corps.

Mais une question qui a donné lieu à de vives controverses est celle de savoir si les articles 299 et 300 du Code civil qui font perdre à l'époux contre qui le divorce a été prononcé, tous les avantages que lui a faits son conjoint par contrat de mariage ou depuis le mariage, sont applicables à la séparation de corps. Il convient d'abord de remarquer le caractère tout à fait exceptionnel d'une pareille disposition, car d'une part elle révoque de plein droit des libéralités non révocables pour cause d'ingratitude (art. 959) (1), et, d'autre part, se substituant au donateur, elle révoque de plein droit des libéralités qu'il pouvait lui-même révoquer à son gré, en dehors même des causes légales de révocation (art. 1096) (2). La disposition qui nous occupe a, en outre, un caractère exceptionnel en ce qu'elle édicte sinon une peine proprement dite, du moins une

(1) On discute, il est vrai, sur le point de savoir si l'article 959 s'applique aux donations faites par les époux eux-mêmes. En sens contraire, Demolombe, t. IV, n° 528.

(2) Au surplus, la jurisprudence applique l'article 299 aux libéralités testamentaires. Cassation, 5 décembre 1849, D. 1850, 1, 33.

déchéance et une déchéance d'autant plus grave qu'elle est encourue par l'époux coupable alors même que les avantages dont il perd le bénéfice ont été stipulés réciproques. Ces considérations n'imposent-elles pas déjà l'interprétation restrictive? On y peut, du reste, ajouter (1) que le législateur, lorsqu'il a voulu rendre communs à la séparation de corps les effets du divorce, s'en est expliqué formellement ainsi que le prouvent les articles 1441, 1452 et 1518 ; ainsi que le prouve surtout l'ancien article 308 qui ne faisait que répéter la disposition de l'article 298 (aujourd'hui abrogée), relative à l'adultère de la femme, mais qui la répétait précisément parce qu'elle avait un caractère pénal la restreignant strictement au cas spécial pour lequel elle était faite. A la vérité, on étend à la séparation de corps les articles 302 et 303 qui sont, dans leurs termes, spéciaux au divorce. Mais, outre que cette extension est peut-être bien arbitraire, elle peut, à la rigueur, se justifier par une considération plus puissante que tous les arguments de textes et de principes, à savoir l'intérêt des enfants. Ici, au contraire, il y a une raison très forte pour ne pas procéder par voie d'analogie. La séparation de corps, en effet, à la différence du divorce, laisse subsister l'espérance d'une réconciliation, espérance que le législateur doit favoriser de toutes ses forces. Or, n'est-ce point aller précisément contre cette

(1) Voir le réquisitoire du procureur général Dupin, dans *Dalloz*, 1845, 1, 227.

espérance que frustrer l'un des époux des avantages que l'autre lui a faits et qu'il ne révoque pas? Et l'on ne peut, en cette matière, se prévaloir de notre ancienne jurisprudence. Sans doute, elle autorisait en cas de séparation la révocation des libéralités même mutuelles que l'époux coupable avait reçues de son conjoint et dans le cas où la séparation de corps était prononcée contre la femme pour cause d'adultère, elle allait jusqu'à lui faire perdre son douaire, sa part dans la communauté et sa dot au profit du mari. Mais ces déchéances n'avaient pas lieu de plein droit. La séparation de corps donnait simplement ouverture à une action en révocation fondée sur l'ingratitude.

Pendant la première moitié du xix^e siècle la jurisprudence a été divisée sur la question. La Cour de cassation, chambre civile, refusait toute révocation en cas de séparation de corps. Certaines cours d'appel, sans aller jusqu'à la révocation de plein droit et se fondant sur une interprétation contestée de l'art 959 (1) admettaient la révocabilité pour cause d'ingratitude. D'autres considérant que les donations dont il s'agit ont été faites sous la condition d'accomplir tous les devoirs résultant du mariage admettaient la révocabilité pour inexécution des conditions. D'autres, enfin, appliquant à la séparation de corps les articles 299 et 300 admettaient la révocation de plein droit (2).

(1) Voir *supra*, p. 108, note 1.

(2) Voir divers arrêts cités dans Dalloz, *répertoire*, mot *Séparation de corps*, p. 980 et suiv.

C'est à ce dernier parti que la Cour de cassation, revenant sur son opinion antérieure s'est rangée dans un arrêt des chambres réunies, rendu le 23 mai 1845 (S. 1845, 1, 321) qui a fixé définitivement la jurisprudence dans le sens de l'application à la séparation de corps des articles 299 et 300. Les motifs de cet arrêt solennel ne répondent pas, il faut en convenir, aux arguments du système opposé. Mais ils ont une portée considérable en ce que, après avoir rappelé l'ancien droit, tout en reconnaissant d'ailleurs que la séparation de corps n'y faisait que donner ouverture à une demande en révocation des donations sans les révoquer *ipso jure*, ils font découler l'application des articles 299 et 300 à la séparation de corps d'un principe général qui est le suivant : le chapitre du code consacré à la séparation de corps faisant partie du titre du divorce et suivant immédiatement le chapitre qui règle les effets du divorce, les textes relatifs à ces effets s'appliquent à la séparation de corps, en tant du moins qu'ils ne sont pas inconciliables avec elle. Au surplus, ajoute la Cour, il résulte de la loi du 8 mai 1816 une assimilation légale entre la séparation de corps et le divorce puisque l'article 2 de cette loi convertit en demandes et instances en séparation toutes les demandes et instances en divorce alors pendantes devant les tribunaux.

Quelle que soit la valeur de ces considérations, il est certain qu'on ne peut formuler plus nettement le principe de l'assimilation à outrance de la séparation au divorce quant à ses effets; et depuis 1845 la Cour

de cassation a persisté dans cette voie où l'avaient devancée de nombreuses Cours d'appel (1).

Un pareil système doit conduire logiquement à appliquer au cas de séparation la déchéance que l'article 386 inflige à l'époux contre lequel est prononcé le divorce en le privant du droit de jouissance légale attribué par l'article 384 aux parents sur les biens de leurs enfants. Néanmoins, presque tous les auteurs s'y refusent en donnant comme raison que la disposition de l'article 386 est une peine et que les peines sont de droit étroit. L'argument est bon mais il dépasse le but, car il s'appliquerait aussi à la déchéance de l'article 299 que l'on étend cependant à la séparation. On a dit, il est vrai, que l'article 386 se trouvant dans un titre postérieur au titre du divorce, le législateur y eût visé formellement s'il l'avait voulu le divorce et la séparation ainsi qu'il l'a fait notamment dans les articles 1452 et 1518, ainsi qu'il ne pouvait le faire dans l'article 299 qui fut rédigé à un moment où l'on ne savait point encore si la séparation de corps figurerait au Code. Nous croyons fort que la jurisprudence ne serait pas ici de l'avis de la doctrine, mais il est remarquable que les recueils d'arrêts ne rapportent, du moins à notre connaissance, aucune décision sur cette question qui semble pourtant de nature à se présenter fréquemment dans la pratique.

(1) Il y a pourtant même depuis 1845 quelques arrêts dissidents de Cours d'appel : Caen, 23 mai et 22 août 1845, D. 45, 4, 472. Douai, 10 mai 1847, D. 48, 2, 94. Douai, 8 février 1848, D. 55, 2, 198.

Pour être complet sur les effets de la séparation de corps relativement aux biens des époux, il faut se demander quelle est son influence sur l'application de l'article 380 du Code pénal et des articles 911, 1096, 1595 et 2253 du Code civil. Sur ces divers points, aucune difficulté ne se présente. Il va sans dire que le divorce, supprimant la qualité d'époux, fait disparaître l'immunité attachée à cette qualité, en cas de vol (art. 380 Code pén.), de même que la présomption d'interposition de personne en matière de libéralités faites à un incapable (art. 911 Code civ.), la révocabilité des donations (art. 1096), la prohibition du contrat de vente (art. 1595) et la suspension de la prescription (art. 2253). Mais il n'est pas moins certain que la séparation de corps les respectera, quelles que soient les raisons qui peuvent militer en faveur d'une modification législative sur ces divers points. A noter, toutefois, en ce qui concerne la suspension de prescription, un arrêt de Bruxelles, 13 octobre 1822 (1), qui la fait cesser après la séparation.

Tels sont les effets de la séparation de corps.

Il ressort de cette étude que la législation et la jurisprudence, en développant ces effets et en les rapprochant des effets du divorce, ont concouru au cours du siècle, d'un effort continu et parallèle, à compléter et à perfectionner le régime de la séparation. Elle est ainsi devenue une institution se suffisant à elle-même,

(1) Cité dans Dalloz, *Répertoire*, mot *Prescription civile*, n° 708.

apte à durer et ne devant plus, comme autrefois, par l'imperfection même de son régime, aboutir presque forcément à une réconciliation ou à un divorce. Ce caractère définitif apparaît encore dans les modifications apportées en 1884 à la conversion de la séparation de corps en divorce, ainsi qu'on va le constater.

CHAPITRE IV

La Cessation.

La séparation de corps cesse par la mort, la réconciliation et le divorce prononcé par voie principale ou par voie de conversion. Les deux premiers modes de cessation ne nous arrêteront pas, car ils ne présentent aucun intérêt au point de vue des rapports de la séparation et du divorce. Toutefois quelques remarques sur la réconciliation sont nécessaires.

A. Pour faire cesser la séparation de corps, les époux n'ont qu'à reprendre la vie commune d'un consentement mutuel. Au contraire, la réconciliation des époux ne peut faire cesser le divorce qu'en se manifestant dans la célébration d'un nouveau mariage. Cela n'a rien de singulier et résulte de la nature des choses. Mais en matière de divorce la loi dispose (art. 295), qu'après la réunion des époux aucune nouvelle demande de divorce ne sera reçue de leur

part pour quelque cause que ce soit si ce n'est pour une condamnation à une peine afflictive et infamante prononcée contre l'un d'eux depuis leur nouveau mariage. Elle crée ainsi une sorte d'empêchement au divorce. On est d'accord pour décider qu'un divorce antérieurement prononcé et suivi d'un nouveau mariage n'empêchera pas une demande en séparation de corps pour adultère, excès, sévices ou injures graves postérieurs à la réunion des époux. Mais cette séparation de corps ne pourra pas être dans la suite convertie en divorce, car alors il y aurait violation indirecte de l'article 295. On est également d'accord pour décider que l'article 295 est spécial au divorce en cet autre sens que deux époux pourront, après un premier jugement de séparation de corps suivi de réconciliation obtenir un nouveau jugement de séparation de corps pour quelque cause que ce soit et ainsi de suite indéfiniment.

B. Sous le Code civil, la reprise de la vie commune faisait cesser la séparation de corps d'une manière absolue, c'est-à-dire à la fois entre les époux et vis-à-vis des tiers. Elle n'apportait, en effet, aucune modification à la capacité de la femme qui, après comme avant la réconciliation, continuait à être régie par l'article 1449. Les époux pouvaient, du reste, substituer à la séparation de biens leurs anciennes conventions matrimoniales, mais ils devaient, pour cela, se conformer aux dispositions de l'article 1451 qui vise spécialement le rétablissement de la communauté et que l'on étend à tout autre régime. Mais depuis 1893, la

séparation de corps restituant à la femme le plein exercice de sa capacité civile, la réconciliation intéresse les tiers au plus haut degré, puisqu'elle fait renaître l'incapacité de la femme, tout au moins l'incapacité relative de la femme séparée de biens. Aussi, aux termes du nouvel article 314, quatrième alinéa, la réconciliation ne leur sera-t-elle opposable qu'après l'accomplissement de certaines formalités : un acte passé devant notaire, avec minute, constatant la reprise de la vie commune ; l'affichage d'un extrait de cet acte dans la principale salle du Tribunal de première instance et, si le mari est commerçant, du Tribunal de commerce (art. 1445) ; mention de la réconciliation en marge de l'acte de mariage et du jugement ou arrêt qui a prononcé la séparation ; publication en extrait dans l'un des journaux du département recevant les publications légales. Au surplus, les époux peuvent toujours faire revivre leur régime matrimonial primitif, conformément à l'article 1451. Ce droit leur a été reconnu formellement dans les travaux préparatoires de la loi de 1893 (1). Mais ils ne peuvent pas adopter un régime nouveau. La règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales s'y oppose, et ce droit est même refusé aux époux divorcés qui se remarient (art. 295, 2.).

C. La réconciliation fait revivre de plein droit les donations entre vifs et testamentaires que les époux s'étaient faites pendant le mariage et dont l'époux cou-

(1) Paroles de M. Griffe au Sénat, séance du 25 janvier 1887, *Journal off.* du 26. Débats parlementaires, p. 50 et suiv. Trib. de Nîmes, 30 juillet 1896, S. 97, 2, 85.

pable avait perdu le bénéfice par l'effet de la séparation. On peut contester qu'il en soit de même en matière de divorce (1). Mais les donations par contrat de mariage ne revivront pas par le seul effet de la réconciliation. Elles font, en effet, partie intégrante de l'ancien régime matrimonial et ne pourront revivre qu'avec lui, c'est-à-dire si les exigences de l'article 1451 sont remplies (2). Encore faudra-t-il que ces donations soient formellement mentionnées, si du moins elles ne se rattachent pas étroitement aux conventions matrimoniales des époux. En cas de divorce, ces donations ne revivront qu'à la condition d'être expressément stipulées dans le nouveau contrat de mariage.

La séparation de corps peut aussi cesser par le divorce. Mais il faut séparer ici deux hypothèses nettement distinctes : l'hypothèse d'une demande en divorce par voie principale, l'hypothèse de la conversion.

L'un ou l'autre des époux séparés introduit une demande en divorce basée sur des faits postérieurs à la séparation. En ce cas, la demande sera soumise aux règles ordinaires des demandes en divorce et tout se passera comme s'il n'y avait jamais eu de séparation. Le seul point controversé est de savoir si une pareille action peut être intentée avant l'expiration du délai de

(1) L'hypothèse d'un second mariage entre époux divorcés étant, on le conçoit, fort peu pratique, la jurisprudence est muette sur ce point.

(2) Cassation, 27 décembre 1893, S. 94, 1, 449. En sens contraire, Caen, 15 avril 1885, S. 87, 2, 493.

trois ans exigé pour l'introduction d'une demande en conversion. Certains auteurs (1) ont voulu distinguer à ce point de vue entre le demandeur et le défendeur en séparation. Le défendeur aurait incontestablement ce droit, mais il en serait autrement du demandeur qui, après avoir une première fois opté pour la séparation de corps, ne pourrait dans la suite recourir au divorce en dehors de la conversion et, par conséquent, avant l'écoulement des trois années. Cette distinction ne nous semble pas fondée. Au moment où l'action en séparation de corps a été intentée, pas plus que le défendeur le demandeur ne pouvait prévoir la survenance de faits postérieurs pouvant motiver un divorce. On ne peut ainsi créer contre lui une fin de non recevoir qui ne figure pas dans la loi et ne repose sur aucun motif rationnel. On doit reconnaître aux deux époux le droit de demander le divorce par voie principale avant l'expiration des trois années en se fondant sur des faits postérieurs à la séparation (2). Mais faut-il aller plus loin et leur reconnaître le droit, avant l'expiration des trois années, de demander le divorce par voie principale en se fondant sur des faits antérieurs à la séparation? Cette solution semblerait résulter des travaux préparatoires de la loi de 1884. Répondant en effet à une question de M^e Batbie, M. Emile Labiche, rapporteur au Sénat, s'est exprimé

(1) Voir Morael, *De la conversion de la séparation de corps en divorce*, n^e 472 et suivants.

(2) Ainsi jugé. Paris, 22 juillet 1886, cité dans Dalloz, *Rép. suppl.*, p. 424, note 1.

à cet égard de la manière la plus formelle dans la séance du 24 juin 1884 (1) : « Si la demande d'un des
« époux, a-t-il dit, est fondée sur des faits nouveaux,
« ce n'est pas la conversion du jugement de séparation
« qu'il doit demander, c'est une instance nouvelle avec
« la procédure ordinaire du divorce qu'il doit engager ;
« et du moment qu'on n'invoque pas la procédure de
« faveur de la conversion, il est inutile d'attendre un
« délai de trois ans. Selon moi, la faculté d'invoquer
« après trois ans la procédure de faveur de la con-
« version, n'est jamais un obstacle à ce qu'on use,
« avant ou après les trois ans, de la procédure de droit
« commun pour demander le divorce, soit qu'il y ait
« des faits nouveaux à invoquer, soit qu'on s'appuie
« seulement sur des faits anciens, car ces faits
« anciens n'ont jamais été appréciés au regard d'une
« demande de divorce, puisqu'il n'y a jamais eu qu'une
« demande en séparation. Au regard du divorce, il n'y
« a donc pas chose jugée. Une seule fin de non rece-
« voir pourrait être opposée à celui qui invoquerait
« des faits anciens, pour justifier une demande de
« divorce, ce serait celle qui résulterait d'une réconci-
« liation. Mais il n'y a pas eu réconciliation, il y a eu
« jugement de séparation ; or, vous admettez bien
« que jamais jugement prononçant la séparation de
« corps ne pourra être assimilé à un acte de réconci-
« liation. »

Néanmoins, en présence de l'article 310 il est difficile de ne pas faire ici la distinction que nous avons

(1) *Journal off.* du 25, Débats parlementaires, Sénat, p. 1193.

combattue lorsqu'il s'agissait d'une demande en divorce, s'appuyant sur des faits postérieurs à la séparation. On ne voit plus en effet quelle serait l'utilité de l'article 310 pour le demandeur en séparation s'il lui était loisible d'introduire avant les trois ans une action ordinaire en divorce sans alléguer de nouveaux faits. Et si l'on considère que cet article ne s'applique pas non plus au défendeur en séparation qui voudrait intenter une action principale en divorce, il ne régirait alors qu'un cas unique : le cas de conversion demandée par le défendeur. Or, le texte en question est conçu dans les termes les plus généraux. Nous croyons donc qu'il faut considérer l'opinion émise au Sénat par M. Labiche comme une opinion personnelle et décider avec la jurisprudence (1) que l'ancien demandeur en séparation ne pourra avant l'expiration de trois années demander le divorce par voie principale sans alléguer de faits nouveaux.

En dehors du cas de divorcé demandé par voie principale, la séparation de corps peut cesser par une demande en conversion. Ce dernier cas nous retiendra plus longtemps parce qu'il est à la fois le plus curieux et le plus pratique ; parce qu'aussi son examen fait partie intégrante d'une étude sur les rapports de la séparation de corps et du divorce.

L'état de séparation a toujours été considéré comme une situation transitoire. Les législations elles-mêmes qui n'admettent pas le divorce ne méconnaissent pas

(1) Trib. civ. de la Seine, 17 mai 1886, *D. Rép. suppl.*, mot *Divorce*, p. 424, note 2.

ce caractère de la séparation de corps et en tirent certaines conséquences, soit qu'elles autorisent le juge à ne la prononcer que pour un temps limité (1), soit que, admettant la séparation pour un temps indéfini, elles se montrent particulièrement favorables à la réunion des époux, par exemple en n'exigeant pas un jugement nouveau pour détruire les effets du jugement de séparation. Mais dans les pays qui reconnaissent à la fois le divorce et la séparation, le caractère transitoire de celle-ci se manifeste, en outre, par certaines institutions qui la font aboutir ou, pour le moins, lui permettent d'aboutir au divorce au bout d'un certain temps si les époux ne se sont pas réconciliés.

Tel est le principe de la conversion.

Dans cet ordre d'idées, quatre systèmes législatifs semblent possibles. Suivant un premier système, à raison des inconvénients sociaux de la séparation, on la considère comme devant forcément cesser après un temps donné, alors même qu'elle suffirait aux époux. Une fois le délai d'épreuve expiré, on les met en demeure d'opter entre la réconciliation et le divorce, et ce dernier succède de plein droit à la séparation de corps s'ils ne consentent à se réunir. C'est le système de la séparation provisoire. Dans un second système, la conversion n'a pas lieu de plein droit, elle doit être demandée. Mais seul est admis à la demander l'époux qui a obtenu la séparation. Le même droit n'est pas

(1) Suivant Merlin, répertoire, *Sép. de corps*, § 3, n^{os} 41 et 42, il en était ainsi dans notre ancienne jurisprudence.

reconnu à l'époux coupable, car le lui reconnaître ce serait l'autoriser à se prévaloir de sa propre faute pour recouvrer sa liberté complète, et parfois même favoriser chez lui d'odieux calculs. Ne peut-il pas, en effet, sous un semblable régime, se libérer d'une union qui lui pèse en obligeant son conjoint, par son inconduite ou sa brutalité, à demander une séparation que lui pourra, dans la suite, faire convertir? Dans un troisième système, inverse du précédent, on admet seul à demander la conversion, l'époux contre lequel la séparation a été prononcée. L'époux innocent s'est contenté *ab initio* de demander la séparation. On ne peut lui permettre de revenir sur sa demande sans porter atteinte à l'autorité de la chose jugée. Quant à l'époux coupable, il ne peut-être, quels que soient ses torts, condamné à un perpétuel célibat. Enfin, dans un quatrième système, on met les deux époux sur un pied d'égalité. Ils peuvent l'un et l'autre, au bout d'un certain délai, solliciter la conversion de leur séparation en divorce. Chacun des trois derniers systèmes comporte, au reste, deux variantes : l'une qui consiste à rendre la conversion obligatoire pour le juge si elle est demandée, l'autre qui laisse au juge le droit d'admettre ou de refuser la conversion.

Le législateur de 1804 qui s'était montré respectueux de la liberté de conscience en admettant la séparation de corps à côté du divorce, ne persévéra pas dans cette voie quand il réglementa la conversion dans l'ancien article 310. Cet article était ainsi conçu : *Lorsque la séparation de corps prononcée pour toute autre cause que l'adultère de la femme aura duré trois*

ans, l'époux qui était originairement défendeur pourra demander le divorce au tribunal qui l'admettra si le demandeur originaire présent ou dûment appelé ne consent pas immédiatement à faire cesser la séparation. De ce texte, il résulte que la conversion présentait sous le Code civil les caractères suivants :

1° Elle exigeait, pour être prononcée, trois ans de séparation. Ce délai, nous le verrons, a été conservé par la loi de 1884.

2° Elle ne pouvait être demandée que par l'ancien défendeur en séparation. Le législateur consacrait ainsi le troisième des systèmes exposés plus haut et, sinon le plus singulier, du moins le plus en contradiction avec le motif qui lui avait fait admettre la séparation de corps dans notre loi civile. On a dit, il est vrai, qu'il n'eût pas été juste ni conforme à la liberté de contraindre au célibat l'ancien défendeur qui peut-être ne partage pas les croyances religieuses de son conjoint. Mais est-il plus juste de contraindre au divorce l'ancien demandeur qui avait précisément choisi la séparation à cause de ses croyances ? Lui, du moins, si son conjoint est coupable, n'a rien à se reprocher, et s'il y a une liberté à sacrifier, il n'est pas juste qu'on sacrifie celle de l'innocent. On a dit aussi que ce dernier peut toujours empêcher le divorce en consentant à reprendre la vie commune. Oui, sans doute, il le peut, mais c'est une singulière façon de respecter sa liberté de conscience que le mettre dans l'alternative de reprendre une existence intolérable ou de faire ce que sa religion lui interdit. On a enfin sou-

tenu que la conversion ne porte aucune atteinte à la liberté de conscience des catholiques. Les secondes nocés, a-t-on dit, ne sont obligatoires pour personne; il dépend de l'époux catholique de faire que même la séparation transformée en divorce vaille toujours pour lui ce que valait une simple séparation; il n'a pour cela qu'à ne pas se remarier et sa conscience est absolument garantie (1). Cet argument n'est que spécieux. Alors même que l'époux catholique ne se remarie pas, il est toujours coupable d'avoir, en demandant la séparation de corps, rendu possible la demande en conversion qui a entraîné la dissolution du mariage et le nouveau mariage de son conjoint. Quoi qu'il en soit, sous le Code civil, le défendeur seul pouvait demander la conversion qui était donc impossible au cas où la séparation avait été demandée par les deux époux.

3^o Lorsque la séparation avait été prononcée pour adultère de la femme, celle-ci ne pouvait demander la conversion. Cette exception introduite dans un but de moralité n'existait pas pour le mari, et l'inégalité de l'homme et de la femme devant la loi au point de vue de l'adultère trouvait ici une application nouvelle (2);

4^o Le demandeur en séparation présent ou dûment appelé pouvait opposer une fin de non recevoir

* (1) L'argument a été fourni par M. Naquet à peu près en ces termes.

(2) Voir les anciens art. 298, 308 et 309 du Code civil, et les art. 324, 337, 338-339 du Code pénal.

péremptoire à la conversion en consentant à reprendre la vie commune :

5° La conversion était obligatoire pour le juge dont l'examen devait exclusivement porter sur les trois points suivants : trois ans se sont-ils écoulés depuis la séparation de corps sans aucun rapprochement ; le demandeur en conversion est-il l'ancien défendeur en séparation ; le demandeur en séparation refuse-t-il de reprendre la vie commune. Ces trois conditions se trouvant réunies, le juge devait admettre la conversion. En restreignant ainsi son pouvoir appréciateur, le Code civil faisait en quelque sorte de la séparation ayant duré trois ans une nouvelle cause de divorce, relative quant aux personnes qui pouvaient l'invoquer mais péremptoire comme l'adultère et la condamnation ;

6° La demande en conversion était soumise aux règles ordinaires de la procédure du divorce.

De cette ancienne réglementation les lois de 1884 et de 1886 n'ont laissé subsister que le délai de trois ans. Aujourd'hui, comme sous le Code civil la séparation de corps doit avoir duré trois années pour être convertie en divorce, il va sans dire que ce délai n'est susceptible ni d'interruption ni de suspension et qu'une réconciliation survenue dans l'intervalle non seulement ferait perdre aux conjoints le bénéfice du temps de séparation qui a couru antérieurement, mais anéantissant la séparation de corps elle-même, les replacerait sous le droit commun du mariage. Il va sans dire aussi que, suivant la règle ordinaire, ne

doit pas être compté dans le calcul de ce délai le jour qui en est le point de départ, tandis que, au contraire, le jour de l'expiration doit être compris. Mais quelques difficultés ont pu s'élever dans la pratique sur la question de savoir quels sont ici le point de départ et le point d'arrivée. Pour le point de départ, on décide que le délai de trois ans commence à courir non pas du jour du jugement de séparation de corps, mais du jour où ce jugement est devenu irrévocable (1), c'est-à-dire le jour où il n'est plus susceptible d'aucune voie de secours, opposition, appel, ou même pourvoi en cassation, le pourvoi étant aujourd'hui suspensif en matière de séparation de corps. Toutefois s'il y a eu acquiescement, l'acquiescement faisant acquérir au jugement de séparation de corps le caractère de décision définitive, le délai courra à partir de l'acquiescement (2). Pour le point d'arrivée, on décide que la demande en conversion ne peut être

(1) Cassation, 28 novembre 1887, S., 90, 1, 113. Douai, 22 avril 1891, S., 91, 2, 245. Angers, 13 mars 1899, S., 99, 2, 104. Suivant une opinion isolée (Vraye et Gode, voir la note sous Cassation, 28 novembre 1887) s'appuyant exclusivement sur une différence de rédaction de l'art. 310 et de l'art. 6 § 4 de la loi du 18 avril 1886, il faudrait distinguer entre les instances en conversion régies par les dispositions transitoires des lois du 27 juillet 1834 et 18 avril 1885 (le point de départ serait ici le jour où le jugement de séparation est devenu définitif) et les instances en conversion régies exclusivement par l'art. 310, (le point de départ serait ici le jour du jugement prononçant la séparation). Cette opinion, qui au dire même de ceux qui la soutiennent, ne repose sur aucun fondement rationnel, a été consacrée par un arrêt de Bourges, 3 novembre 1890, S., 1891, 2, 245.

(2) Cassation, 28 décembre 1891, S., 92, 1, 120.

formée que lorsque les trois ans se sont écoulés au moment où elle est introduite. Il ne suffirait pas que le délai de trois ans fût accompli au jour du jugement ou de l'arrêt statuant sur la conversion (1).

Sur tous les autres points les lois de 1884 et de 1886 ont modifié le régime de la conversion. Nous allons étudier ces modifications diverses. Nous verrons ensuite les effets de la conversion prononcée.

A. Aux termes du nouvel article 310, la conversion pourra être demandée par l'un ou l'autre des époux. Il n'y a donc plus de différence au point de vue de la conversion entre le demandeur et le défendeur originaires. Ce système est incontestablement préférable à celui du Code civil qui accordait au seul défendeur le droit de demander la conversion. Il a paru également préférable au système que proposait M. Denormandie dans un amendement au Sénat et qui consistait à accorder ce droit au demandeur seul. Le législateur de 1884 a pensé qu'il était également injuste d'obliger l'ancien défendeur à rester éternellement dans cette situation fautive qu'engendre la séparation de corps et de frapper l'ancien demandeur d'une sorte de déchéance parce que, dans une première instance, il avait seulement sollicité le relâchement du lien conjugal. Sur ce dernier point, on n'a pas eu de peine à réfuter l'argument de la chose jugée qui, du reste, s'il était bon, conduirait à prohiber d'une manière

(1) Cassation; 28 novembre 1887, S., 93, 4, 413 déjà cité.

absolue la conversion de la séparation en divorce, car il s'appliquerait aussi bien au défendeur qu'au demandeur puisqu'il y a chose jugée par tous les deux. Mais il ne résiste pas à l'examen. Une demande en séparation n'est pas, en effet, une demande en divorce et ce qui est jugé pour la première n'est pas jugé pour la seconde : il y a identité de personnes, identité de cause ; il n'y a pas identité d'objet. Mais selon nous l'assimilation du demandeur au défendeur en ce qui concerne la demande en conversion a pour cause profonde un changement survenu dans le rôle de la séparation de corps. Si le Code civil n'avait pas accordé au demandeur en séparation le droit de demander la conversion, c'est qu'il jugeait inutile de le lui accorder pensant qu'il n'en userait jamais. La séparation de corps, en effet, était destinée aux catholiques et le législateur de 1804, tout en ne l'interdisant pas aux non catholiques, n'imaginait pas qu'ils pussent y avoir recours tant le divorce avait, à ses yeux, d'avantages sur elle. Pour lui, donc, l'ancien demandeur en séparation était un catholique, et pour que ce demandeur vînt dans la suite solliciter un divorce que ses croyances lui interdisaient il y a trois ans, il eût fallu supposer que depuis lors ses croyances eussent changé. Mais en 1884 la conception de la séparation de corps, quant à son rôle, s'était singulièrement élargie. Les partisans les plus convaincus du divorce reconnaissent eux-mêmes, qu'en dehors de toute question religieuse il pouvait être bon pour les époux de ne pas écarter *a priori* l'éventualité du repentir et du pardon. La dissolution du mariage est certes une chose assez grave

pour qu'on n'y ait recours qu'en désespoir de cause, après une épreuve transitoire et lorsque tout espoir de réconciliation est perdu. Le demandeur en séparation a pu espérer que son conjoint reviendrait un jour de ses errements passagers et qu'alors leur union se renouerait plus étroite encore et plus solide, après le danger qu'elle avait couru. Dès lors, pourquoi lui refuser le droit, si cette espérance légitime fut trompée de solliciter le divorce? On a dit, il est vrai, que le législateur de 1884 a reconnu à l'ancien demandeur en séparation le droit de demander la conversion, c'est uniquement pour permettre à ceux qui antérieurement à 1884 n'avaient eu recours à la séparation que parce que c'était le seul remède légal s'offrant à eux, de recourir au divorce que l'on rétablissait. Mais alors une simple disposition transitoire aurait suffi.

B. L'exception relative à la femme adultère n'existe plus dans le nouvel article 310. Le législateur de 1884 a pensé, avec raison, qu'il était juste de traiter également l'adultère de la femme et l'adultère du mari. La modification introduite sur ce point dans l'article 310 procède de la même idée que la modification des articles 230 et 298 et que l'abrogation des articles 308 et 309.

C. Le consentement de l'ancien demandeur à reprendre la vie commune ne constitue plus, comme sous le Code civil, une fin de non recevoir péremptoire à la demande en conversion introduite par l'autre époux. Ceci est une conséquence du nouveau pouvoir donné

au juge en matière de conversion (1). Sans doute, le tribunal pourra prendre ce consentement en considération pour apprécier les chances probables de réconciliation. Mais l'offre de reprendre la vie commune sera pour lui un simple élément d'appréciation d'importance variable suivant les cas, qu'il pourra d'ailleurs sans violer la loi mentionner dans les motifs de son jugement (2).

D. Le nouvel article 310 donne au juge le pouvoir d'accorder ou de refuser la conversion, et c'est là l'innovation la plus importante de la loi de 1884 en cette matière ; elle ne figurait pas dans le projet primitif et n'y fut introduite par le Sénat que sur la demande de Jules Simon qui déclara ne pas admettre que l'on transforme une séparation de corps en divorce sans examen de circonstances et après la simple expiration d'un délai (3).

Mais elle ne fut pas accueillie sans réserve par la Commission de la Chambre qui l'adopta pourtant en fin de compte par esprit de conciliation. M. Letellier, dans son rapport sur le projet modifié par le Sénat, disait qu'il ne comprenait pas l'action du tribunal en cette matière. Et il semble, en effet, au premier abord, que donner un pouvoir discrétionnaire au juge revient à réserver au seul demandeur en séparation le droit de demander la conversion. Car, de deux choses l'une : Ou bien la conversion est sollicitée par l'ancien deman-

(1) Voir *infra*, § D.

(2) Cassation, 13 juillet 1891, S. 1892, 1, 503.

(3) Séance du Sénat du 23 juin 1884. *Journal off.* du 24 juin.

deur, et alors elle sera forcément admise par le tribunal puisque les causes de séparation et les causes de divorce sont les mêmes. Si l'époux eût demandé le divorce il y a trois ans, en basant sa demande sur les mêmes faits, il l'eût obtenu comme il a obtenu la séparation. On ne peut donc au bout de trois ans lui refuser la conversion. Ou bien la conversion est demandée par l'ancien défendeur, et alors elle sera forcément refusée puisqu'il n'a aucun grief à invoquer, la séparation n'étant plus pour lui et par elle-même une cause de divorce comme sous l'ancien article 310.

On ne peut, en effet, sortir de ce dilemme en s'en tenant à la pure conception du Code civil. Si, d'une part, les causes de divorce et de séparation sont identiques; si, d'autre part, le juge saisi d'une demande en conversion doit seulement examiner si l'auteur de cette demande est en état d'invoquer une cause de divorce, il n'est pas douteux que la demande en conversion formée par le demandeur originaire, aboutira toujours, et qu'à l'inverse la demande en conversion formée par le défendeur originaire n'aboutira jamais. Mais précisément l'innovation de 1884 réside dans la faculté donnée au juge de regarder en dehors de la demande, et de déterminer sa décision suivant les circonstances. Maintenant, il n'appartient plus aux deux parties ou à l'une d'elles de transformer la séparation en divorce; c'est le juge qui décidera de l'opportunité d'une pareille transformation. La séparation de corps nous apparaît ainsi comme plus stable, puisque le juge pourra la prolonger à son gré et même refuser indéfiniment la conversion si les circonstances le commandent. La loi lui

laisse à cet égard une entière liberté, et ne lui fournit même aucune indication pour le guider dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Aussi est-il intéressant de rechercher les diverses tendances qui se dégagent des décisions judiciaires en matière de conversion (1-2). Nous ne reviendrons pas sur la tendance déjà signalée (3), qui consiste à différencier les causes de séparation des causes de divorce. On a vu comment l'innovation de 1884, en matière de conversion, contribuait indirectement à cette différenciation. Ce point de vue, d'ailleurs, n'avait pas échappé aux auteurs de la loi, ainsi que le démontrent certaines paroles de M. Emile Labiche dans son rapport au Sénat (4). Mais s'il a motivé d'assez nombreuses décisions de jurisprudence, il n'a pu être adopté par les Tribunaux comme unique fil directeur dans l'application du nouvel article 310. Il est, en effet, trop restreint, cela en un double sens : d'une part, l'application n'en est parfaitement satisfaisante que si la conversion est demandée par l'ancien

(1) Ces décisions ont été particulièrement nombreuses dans les années qui ont suivi la promulgation de la loi de 1884, à raison des demandes en conversion de séparations antérieures à cette loi. (V. *supra*, p. 45.)

(2) Voir Joseph Hittier. Développement de la jurisprudence en matière de divorce, *Annales de l'Université de Grenoble*, année 1895, p. 71 et suiv.

(3) *Supra*, ch. 1^{er}.

(4) « Le Tribunal aura donc à apprécier, a dit M. Emile Labiche, si les motifs qui avaient été suffisants pour prononcer la séparation de corps peuvent, après les trois années d'épreuve, être considérés comme suffisants pour prononcer non plus seulement le relâchement du lien conjugal, mais sa rupture, c'est-à-dire le divorce. » (*Journal off.* du 25 juin 1884. Débats parlementaires, Sénat, p. 1191.)

demandeur, d'autre part, il ne peut fonctionner au cas où la séparation a été prononcée pour une cause péremptoire, adultère, condamnation à une peine afflictive et infamante.

D'autres décisions se rattachent à cette idée que le juge doit se montrer hostile à une demande en conversion émanant de l'ancien défendeur et n'accueillir cette demande que si elle offre toutes garanties de moralité. Cette conception qui cadre mal avec les termes de l'article 310 et qui d'ailleurs ne fournit aucune indication pour le cas où la conversion est demandée par l'ancien demandeur en séparation est susceptible de manifestations diverses. Certaines décisions sont allées jusqu'à déclarer que la demande en conversion introduite par le défendeur ne doit jamais être accueillie, car il ne saurait décemment se prévaloir de sa propre faute (1), ou tout au moins que le juge, pour apprécier cette demande doit se reporter au jour du jugement de séparation et ne prononcer la conversion que si, à cette époque, il eût pu faire droit à une demande reconventionnelle du défendeur. D'autres réservent pourtant au défendeur la faculté de produire des faits nouveaux (2). D'autres enfin se contentent de lui refuser la conversion à raison de sa

(1) Trib. de la Seine, 19 novembre 1884, S. 85, 2, 70, Cour de la Martinique, 21 février 1885, S. 85, 2, 68. Douai, Ch. réunies, 5 fév. 1885, S. 85, 2, 68. Poitiers, 15 décembre 1885, *Gaz. Pal.* 1886, 1, suppl. 123.

(2) Tours, 18 novembre 1884, la loi 1884, p. 1169. Compiègne, 20 avril 1887, *le Droit* 1^{er} mai 1887; Charleville, 8 janvier 1885, *la Loi*, 1885, p. 186.

conduite depuis la séparation et de la persistance ou de l'aggravation de ses torts (1).

Mais la majorité de la jurisprudence a adopté une troisième manière de voir qui a tout au moins l'avantage de déterminer le rôle du juge aussi bien dans le cas où la conversion est demandée par l'ancien demandeur que dans le cas où elle l'est par l'ancien défendeur. Cette manière de voir est la suivante : le tribunal saisi d'une demande en conversion n'a pas à se préoccuper de la qualité du demandeur en conversion, car il n'est pas appelé à infliger une punition ou à décerner une récompense. Il n'a pas non plus à se préoccuper des anciens griefs ni des nouveaux, si ce n'est pour peser les chances de rapprochement que ces griefs laissent subsister. Résulte-t-il des circonstances que l'union soit irrévocablement compromise ? Voilà la question qu'il se posera. Si oui, il prononcera le divorce. Si non, il maintiendra la séparation de corps (2).

A raison de l'incertitude qui règne sur l'exercice du pouvoir reconnu au juge par le nouvel article 340, et à raison des divergences jurisprudentielles que cette incertitude a entraînées, il est devenu en quelque sorte

(1) Cassation, 13 juillet 1891, S. 92, 1, 503, déjà cité. Rennes, 30 octobre 1893, S. 95, 2, 47, Paris, 24 janvier 1895, D. 1895, 2, 480. Cassation, 21 avril 1896, S. 1900, 1, 396.

(2) Trib. de Troyes, 27 août 1884, S. 85, 2, 70, Trib. de Mâcon, 25 novembre 1884, *ead. loc.*, Trib. de la Seine, 5 mars 1885, S. 85, 2, 72, Bourges, 22 novembre 1886, D. 87, 2, 80. Pau, 9 août 1886, D. 87, 2, 204. Poitiers, 25 mars 1889, D. 90, 2, 340, Bastia, 1^{er} mars 1892, D. 92, 2, 417. Angers, 13 avril 1896, S. 97, 2, 216, Toulouse, 6 avril 1900, *Monit. Jud.*, 2 mars 1901.

traditionnel dans la doctrine de critiquer cette disposition. Diverses propositions de loi ont même été faites au Sénat et à la Chambre pour substituer la conversion obligatoire à la conversion facultative (1). Quant à nous, nous croyons que, du moment qu'on admet la conversion (peut-être serait-il préférable de ne pas l'admettre), il vaut mieux ne rien changer au régime actuel. La divergence des solutions judiciaires est un effet inévitable de la diversité des cas qui sont soumis aux tribunaux, mais il ne faut pas se plaindre de cette divergence ni s'en étonner, car l'opportunité de la conversion est avant tout une question d'espèces. Quoi qu'il en soit, le pouvoir discrétionnaire accordé au juge en matière de conversion par le nouvel article 310, entraîne cette conséquence notable qu'une décision rendue en cette matière n'aura pas le caractère de chose jugée en ce sens du moins que, les circonstances ayant changé, la conversion pourra de nouveau être demandée au tribunal et ainsi de suite indéfiniment (2). La seule question qui se pose ici est de savoir si le délai de trois ans sera nécessaire entre deux demandes consécutives. Il est difficile de soutenir

(1) Une de ces propositions adoptée par la Chambre des députés a été modifiée par le Sénat. D'après le texte voté par le Sénat, la conversion ne serait obligatoire que si elle était demandée par l'époux qui a obtenu la séparation. (Sénat, séance du 16 novembre 1896, *Journ. off.*, session extraordinaire de 1896. p., 803 et suiv.). C'est une cote mal taillée entre le système de la conversion obligatoire et le système de la conversion facultative. Le texte du Sénat n'est pas revenu devant la Chambre en telle sorte que l'art. 310 modifié par la loi de 1884 est toujours en vigueur.

(2) Paris, 3 juillet 1890, S. 91, 2. 225 et la note.

l'affirmative en présence de l'article 310 qui n'impose ce délai que pour la première demande et surtout alors qu'on exige pour une seconde demande en conversion la preuve de modifications survenues dans la situation sur laquelle le juge a eu antérieurement à se prononcer (1).

E. Enfin, les lois de 1884 et 1886 ont pour les demandes en conversion substitué à la procédure ordinaire du divorce une procédure spéciale plus simple et plus expéditive. En 1884, on a justifié cette innovation par l'idée que la séparation de corps prononcée depuis trois ans constituant, jusqu'à un certain point, un préjugé en faveur de la nécessité d'une rupture définitive du lien conjugal et prouvant que le dissentiment entre les époux est assez grave pour entraîner cette rupture, il était inutile de soumettre la nouvelle demande à la procédure exigée pour le divorce quand il est demandé sans passer par la séparation de corps (2). Mais, depuis 1886, elle se justifie plus simplement par l'assimilation des procédures en séparation de corps et en divorce. Sous le Code civil, en effet, les époux qui avaient obtenu la séparation n'avaient point passé par toutes les formalités requises pour obtenir le divorce, formalités en quelque sorte préventives. Il était logique de les y soumettre lorsqu'ils demandaient la conversion. Mais aujourd'hui que la procédure en séparation de corps est la même, à peu de chose

(1) Voir cependant Toulouse, 5 août 1891, S. 92, 2, 20.

(2) Rapport verbal de M. Emile Labiche au Sénat, séance du 24 juin 1884, *Journal off.* du 25. Débats parlementaires, Sénat.

près, que celle du divorce, à quoi bon exiger le renouvellement de cette procédure au bout de trois ans ? Au surplus, si l'innovation a été introduite dès 1884, c'est qu'à cette époque on projetait déjà la réforme de 1886.

Aujourd'hui, comme sous le Code civil, la capacité requise chez les plaideurs en conversion est la même que s'ils agissaient directement en divorce(1). Le tribunal compétent est celui du domicile du défendeur et non celui qui a prononcé la séparation ; enfin le jugement qui prononce la conversion est soumis à la publicité d'un jugement ordinaire de divorce. Mais le demandeur n'est pas obligé de présenter sa requête en personne, ni les deux conjoints de comparaître en personne devant le juge. L'affaire est en outre, soit en première instance, soit en appel, débattue en Chambre du Conseil et non en audience publique.

Telles sont les modifications apportées par les lois de 1884 et de 1886 au régime de la conversion tel qu'il fonctionnait sous le Code civil pur. Supposons maintenant la conversion effectuée. Quels vont en être les effets ?

Par le fait de la conversion, le divorce est substitué à la séparation de corps. Ce n'est pas à dire toutefois que le nouveau jugement efface toute conséquence de l'ancien. Le tribunal saisi d'une demande en conversion, quels que soient les pouvoirs à lui conférés par

(1) On leur appliquera notamment la règle de l'article 234 relative à l'interdit légal même dans l'opinion où cet article ne doit pas être étendu à la séparation de corps.

le nouvel article 310 n'est pas maître absolu de sa décision, comme le Tribunal saisi d'une demande primitive en divorce. Il est libre, sans aucun doute, d'admettre ou de rejeter la demande en se fondant sur les motifs les plus divers. Mais s'il l'admet, son jugement ne peut atteindre le jugement primitif qu'en un point unique : la séparation de corps. Sur tous les autres points, les dispositions de l'ancien jugement, celles du moins qui se peuvent concilier avec le nouveau régime octroyé aux parties, subsistent intactes. Il faut suivre l'application de cette double idée en ce qui concerne la personne des époux, leur famille et leurs biens.

A. Le divorce substitué à la séparation de corps fait cesser les obligations du mariage que celle-ci n'avait pas éteintes, notamment l'obligation de fidélité et de secours.

Et d'abord en rompant le lien conjugal il rend aux époux leur pleine liberté. Chacun d'eux pourra donc contracter une nouvelle union sous les deux restrictions ordinaires en cas de divorce : l'une spéciale à la femme, l'autre commune aux deux époux. Mais ici quelques observations sont déjà nécessaires pour le divorce prononcé par voie de conversion. L'article 196 impose à la femme un délai de dix mois pour pouvoir contracter un second mariage. Ce délai ayant pour but d'éviter la confusion de part on pourrait être tenté tout d'abord d'en fixer le point de départ au jugement de séparation et non pas seulement au jugement de conversion. Néanmoins un pareil système ne peut se soutenir. Sans doute, c'est la vie commune qui rend vraisem-

blable la présomption de paternité, mais ce n'est pas exclusivement sur le fait de la cohabitation que cette présomption se fonde. Aussi avons-nous vu que la séparation de corps, si elle l'affaiblit ne la fait pas disparaître et que l'enfant né d'une femme séparée continue d'avoir pour père le mari. On ne saurait donc sérieusement prétendre que le délai de viduité de l'article 296 courra du jour où la vie commune a cessé. Si cela était vrai d'ailleurs il courrait, même au cas de divorce ordinaire, à dater de l'ordonnance du juge autorisant la femme à avoir un domicile séparé pendant l'instance. Or la loi dit formellement qu'il courra du jour où le divorce sera définitif.

L'article 298, dans le cas de divorce admis pour cause d'adultère, prohibe le mariage de l'époux coupable avec son complice. Cet article s'applique incontestablement au divorce prononcé par voie de conversion, lorsque la séparation antérieure a été provoquée par l'adultère de l'un des époux. Mais de ce que le juge qui prononce la conversion doit respecter le jugement antérieur en tout ce qui ne concerne pas la rupture du lien conjugal, il résulte : 1° que si la séparation de corps a été admise pour injure grave résultant de l'inconduite d'un des conjoints, le juge qui prononce la conversion ne peut, dans son jugement, substituer à cette cause la cause d'adultère dans le but, par exemple, de rendre possible l'application de l'article 298. Il ne le peut, alors même que l'adultère serait patent (1);

(1) Lyon, 3 juillet 1890, D. 90, 2, 365. Cassation, 24 mai 1892, D. 93, 1, 412.

2° si le jugement de séparation ne mentionnait pas le nom du complice ou l'indiquait seulement par les initiales, le juge ne peut faire figurer ce nom intégralement dans le jugement de conversion pour donner lieu à la prohibition de l'article 298 (1).

Pour ce qui a trait à l'obligation de secours, on a vu plus haut que la séparation de corps laisse subsister la pension alimentaire fondée sur l'article 212. Mais on a vu aussi que la jurisprudence étendait à la séparation de corps la disposition de l'article 301, aux termes duquel le tribunal peut accorder à l'époux qui obtient le divorce une pension alimentaire sur les biens de l'autre époux. Or, précisément parmi les différences qui séparent ces deux pensions alimentaires, l'une apparaît au cas de conversion en divorce. La pension de l'article 212, fondée sur le mariage, cessera par l'effet du divorce. La pension de l'article 301, au contraire, fondée sur un préjudice, survivra à l'union dissoute. Il y aura donc le plus grand intérêt au moment de la conversion, à savoir en vertu de quel texte la pension fut allouée par le premier juge, et ce sera, comme nous l'avons dit, une question d'interprétation si le jugement ne le dit pas. Quelle que soit, d'ailleurs, la solution admise sur ce point par le juge de la conversion, il devra toujours tenir pour acquise la position des parties telle qu'elle résulte du jugement antérieur. En d'autres termes, quel que soit l'époux qui demande la conversion, celle-ci, si elle est admise,

(1) Caen, 25 octobre 1887, S. 89, 2, 402.

le sera toujours en faveur de l'époux qui a obtenu la séparation de corps et contre celui aux torts duquel la séparation a été prononcée; elle le sera contre les deux époux si la séparation a été prononcée à leurs torts réciproques (1). Pour le règlement de la pension alimentaire, le juge chargé de statuer sur la conversion n'aura donc pas à se préoccuper du rôle respectif des parties dans l'instance en conversion, mais de la position qui leur a été attribuée dans le jugement de séparation. Dès lors, deux hypothèses peuvent se présenter :

1^o La pension alimentaire a été accordée par le premier juge à l'époux qui a succombé dans l'instance en séparation, ou bien elle l'a été à l'un quelconque des époux, la séparation étant prononcée aux torts des deux. Il ne peut s'agir ici que de la pension fondée sur l'article 212. Par le fait de la conversion, le droit à cette pension s'éteindra donc, et le juge ne pourra en accorder une nouvelle, fondée sur l'article 301 ;

2^o La pension alimentaire a été accordée à l'époux qui a obtenu la séparation. Ici la question se posera de savoir si elle l'a été en vertu de l'article 212 ou de l'article 301. Dans le premier cas, le droit à la pension s'éteindra, mais le juge de la conversion pourra en allouer une nouvelle, fondée sur l'article 301. Dans le second cas, l'ancienne pension subsistera, sauf, bien

(1) Cassation, 4 février 1889, S. 89, 1, 228. Cassation, 25 juillet 1892, D. 93, 1, 411. Ce système conduit à la prohibition des demandes reconventionnelles en conversion : Bastia, 1^{er} mars 1892, D. 92, 2, 417.

entendu, les modifications qui pourront être apportées à son quantum, à raison des circonstances. Il y a sur ces divers points une jurisprudence considérable (1).

Relativement au nom, les époux seront régis après la conversion par le nouvel article 299 deuxième alinéa et non plus par l'article 311, mais relativement au domicile et à la capacité de la femme, la conversion a depuis 1893 perdu presque tout son intérêt. La loi de 1893 ayant en effet ainsi assimilé la femme séparée à la femme divorcée au point de vue du domicile, la conversion fera simplement disparaître la nécessité d'une double signification en matière de question d'état. Enfin la femme séparée ayant aujourd'hui le plein exercice de sa capacité civile, la conversion aura seulement pour effet de l'affranchir s'il y a lieu de son incapacité dotale et de faire courir la prescription de l'action en nullité des actes accomplis par elle en état d'incapacité.

B. La question controversée de savoir si les rapports d'alliance survivent au divorce va se poser après la conversion. Sans vouloir ici l'étudier, son examen se rattachant exclusivement aux effets du divorce, constatons que la dernière jurisprudence déclare l'alliance éteinte par le divorce tout au moins

(1) Cassation, 24 novembre 1886, S. 88, 1, 433. Paris, 15 mars 1887, S. 88, 2, 213; Cassation, 4 février 1889, S. 89, 1, 228. Caen, 19 mars 1889, S. 90, 2, 209; Cassation, 3 janvier 1893, S. 93, 1, 225. Paris, 16 mai 1893, S. 93, 2, 224.

en ce qui concerne l'obligation alimentaire de l'article 206 (1).

Pour les enfants non encore nés lors de la conversion, plus exactement pour ceux qui naîtront plus de 300 jours après la conversion devenue définitive la présomption de paternité cessera totalement de s'appliquer. Et quant aux enfants nés, le juge pour en confier la garde à tel ou tel époux ne doit pas se préoccuper de son rôle dans l'instance en conversion. On a vu que l'article 302 attribue en principe la garde des enfants à l'époux qui obtient le divorce; elle sera attribuée non pas à celui qui demande la conversion mais à celui qui a obtenu la séparation de corps. Du reste, c'est à lui le plus souvent que cette garde aura été primitivement confiée, la jurisprudence appliquant l'article 301 à la séparation de corps; s'il n'en est pas ainsi, le juge de la conversion devra néanmoins respecter en principe les dispositions du premier jugement. Toutefois les décisions relatives à la garde des enfants n'ayant jamais le caractère définitif, il pourra les modifier dans l'intérêt des enfants, car elles auraient pu l'être en dehors même de toute conversion (2).

C. Une fois la conversion prononcée il ne peut plus être question de régime matrimonial puisque le mariage est dissous. Il ne peut non plus être question

(1) Cassation, 13 juillet 1891, S. 91, 1, 311. Paris, 23 décembre 1891, S. 92, 2, 43. Orléans, 23 mars 1892, S. 92, 2, 133. Non conforme : Paris, 18 juillet 1889, S. 90, 2, 1. Pour les empêchements au mariage la solution contraire doit être admise. Paris, 18 mars 1897, S. 1900, 2, 131.

(2) Cassation, 24 novembre 1886, S. 88, 1, 433. Voir aussi la note sous Poitiers, 21 juillet 1890, D. 91, 2, 73.

d'hypothèque légale pour les créances de la femme postérieures à la conversion. Le jugement de conversion fait en outre courir le délai d'un an pendant lequel l'inscription de cette hypothèque doit être prise pour lui conserver son rang. Enfin, par l'effet de la conversion, la privation du droit successoral que la séparation de corps avait infligée à l'époux coupable devient réciproque. Ce ne sont là que des conséquences normales de la dissolution du mariage (1).

Mais un des grands intérêts de la conversion est qu'elle va entraîner l'application des déchéances édictées par la loi en cas de divorce par l'époux coupable. La jurisprudence, il est vrai, en étendant à la séparation de corps les art. 209 et 300 a notablement amoindri cet intérêt qui ne subsiste plus pour la déchéance de l'article 386. Dans tous les cas il faut entendre par époux coupable l'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée, la position respective des parties étant un des points sur lesquels le juge de la conversion ne peut modifier le jugement antérieur (2).

(1) La conversion soustraira également les ex-conjoints à l'application des art. 380 Code pén., 914, 1096, 1595 et 2253 Code civil.

(2) De ce que le jugement de séparation a définitivement fixé la position des parties, la jurisprudence a conclu avec raison : 1° que pendant le premier mois à partir du jour où le jugement est devenu définitif c'est au seul époux qui a obtenu la séparation de corps qu'il appartient de faire transcrire le jugement de conversion conformément à l'art. 252 (Nancy, 14 janv. 1888, S., 88, 2, 53) ; 2° que les frais de l'instance en conversion sont à la charge de l'époux qui a succombé dans l'instance en séparation (Caen, 3 fév. 1885 sous Cassation, 12 août 1885, S. 86, 1, 493.

CONCLUSION

Telles sont les modifications que la séparation de corps a subies depuis 1804. Nous ne saurions mieux mettre en relief la nouvelle physionomie imprimée à l'institution par ces modifications diverses, qu'en reprenant, au terme de cette étude, la double proposition que nous avons cru pouvoir formuler dans notre introduction pour résumer le caractère de la séparation de corps, d'après le pur Code civil.

En premier lieu, la séparation de corps, avons-nous dit, n'est nullement dans un rapport de hiérarchie avec le divorce, car, d'une part, elle se confond avec lui, et de l'autre, elle s'en distingue radicalement. Elle se confond avec lui en ce que, répondant aux mêmes besoins, elle est ouverte exactement pour les mêmes causes. Elle s'en distingue de la manière la plus nette, en ce que, tout au moins dans l'esprit du législateur, elle est instituée pour une catégorie spéciale de personnes, à qui leurs croyances religieuses ne permettent pas le divorce, et en ce qu'elle s'éloigne de lui le plus possible, quant à ses effets.

En second lieu, la séparation de corps est une institution que les auteurs du Code civil ont vue avec grande défaveur. Cette défaveur, qui ressort clairement des travaux préparatoires, se manifeste par le caractère provisoire de la séparation de corps, telle

qu'elle était organisée dans le Code, où, étant données l'insuffisance de ses effets et l'institution de la conversion obligatoire, elle apparaît comme faite pour ne durer qu'un temps très court.

Nous pensons avoir montré au cours de ce travail combien cette double proposition serait aujourd'hui inexacte.

On a vu la notion de rapport hiérarchique se manifester à quatre points de vue : tout d'abord, au point de vue des causes, on a vu la jurisprudence formuler et appliquer un système d'après lequel la séparation de corps et le divorce seraient deux remèdes parallèles, le dernier destiné aux cas les plus sérieux; au point de vue de la procédure, on a vu, d'une part, que malgré l'assimilation réalisée par la loi de 1886, certaines différences subsistent encore entre l'instance en divorce et l'instance en séparation, qui se rattachent à cette idée que l'application du remède plus anodin exige moins de précautions; on a vu, d'autre part, dans l'institution de la conversion d'instance et dans le jeu des demandes reconventionnelles, la mise en œuvre d'une idée formulée à la fois par les auteurs de la loi de 1886 et par divers arrêts, suivant laquelle il y aurait entre la séparation de corps et le divorce une sorte de rapport quantitatif. On a vu, en outre, la séparation de corps, par le développement législatif et jurisprudentiel de ses effets, s'élever progressivement à la dignité de petit divorce (1). Enfin, on a vu que le

(1) Dans un discours au Sénat, M. Naquet a employé une expression analogue : « Si, tenant compte de ces objections, vous faites — oh! je ne recule pas devant les mots — de la

législateur de 1884, en accordant à l'ancien demandeur en séparation le droit de demander la conversion réservé par le Code civil au seul défendeur, témoignait que, pour lui, la séparation de corps n'était pas seulement destinée aux catholiques.

Mais la physionomie de cette institution s'est aussi modifiée sur un autre point. Le législateur contemporain paraît bien ne pas l'avoir envisagée avec la même défaveur que les auteurs du Code civil. En 1804, on se défiait de la séparation de corps; depuis 1884, on semble plutôt s'être défié du divorce. Sans parler de la suppression du divorce par consentement mutuel, il est curieux de voir des hommes comme M. Naquet — peu suspect, on en conviendra, de partialité en faveur de la séparation de corps — intervenir, dès 1885, au lendemain de la loi rétablissant le divorce, dans les premières discussions au Sénat sur le projet de réforme de la séparation, pour soutenir un amendement (1) dont l'effet allait être, au dire de M. Naquet lui-même, de détourner nombre de femmes du divorce (2).

séparation de corps une espèce de divorce mitigé... » Séance du 18 juin 1885, *Journ. off.* du 19. Sénat, Débats parlementaires.

(1) Cet amendement, dont le principe fut plus tard adopté, avait pour but de rendre à la femme séparée le plein exercice de sa capacité civile.

(2) « Je sais bien, Messieurs, que, si votre opinion prévalait « — permettez-moi cette expression, — la nouvelle loi créerait « une certaine concurrence au divorce. M. Allou disait avant « hier avec raison que, pour beaucoup de femmes qui recourent « au divorce, le but poursuivi est bien moins de reconquérir la « faculté d'un second mariage que de s'affranchir complètement « au point de vue des biens. » (*Journal officiel* du 19 juin 1885; débats parlementaires, Sénat, p. 710 et suivantes). Les statisti-

Il n'est pas moins curieux de voir le même M. Naquet déclarer en 1886, dans son rapport sur un projet de loi ayant pour but de modifier l'article 310, que « tout ce qui peut laisser une espérance légitime de reconstitution de l'union conjugale doit être bien vu par le législateur (1) ». Mais, en dehors de ces indices — car on peut toujours méconnaître la portée de semblables manifestations — la preuve d'une évolution de la séparation de corps au point de vue qui nous occupe réside dans les réformes mêmes qui ont été apportées à son régime. Nous avons vu, en effet, la loi de 1886 fournir au demandeur en divorce la possibilité de transformer sa demande en tout état de cause en une demande en séparation de corps ; nous avons vu la jurisprudence et la législation mues par cette idée qu'il est illogique et injuste de consacrer une institution et de la laisser inhabitable (2) comme l'avaient fait les rédacteurs du

ques ont donné raison à M. Naquet. La loi du 6 février 1893 a eu pour effet de relever brusquement le nombre des demandes en séparation de corps au détriment du nombre des divorces. La statistique du *Journal officiel* du 9 mai 1898, qui porte sur l'année 1895, outre qu'elle constate une diminution du chiffre total des demandes en divorce ou en séparation, établit que la baisse porte uniquement sur les demandes en divorce soit par voie directe, soit par voie de conversion. Au contraire, le nombre des demandes en séparation, qui était en 1890 de 2041, en 1891 de 2059, et en 1892 de 2094, s'est élevé en 1893 à 2171, en 1894 à 2405 et en 1895 à 2446.

(1) *Journal officiel*. Documents parlementaires, 1886; Sénat, annexe n° 139, p. 280, 3^e colonne.

(2) L'expression a été employée dans les travaux préparatoires de la loi de 1893. Voir le rapport de M. Arnault à la Chambre des députés, *Journal officiel*, Documents parlementaires, session extraordinaire de 1887, annexe 2151, p. 348, 3^e col.

Code civil, perfectionner et développer le régime de la séparation de corps, soit en lui appliquant les textes du divorce, soit en édictant de nouvelles dispositions comme la loi du 6 février 1893 qui a, pourrait-on dire, réhabilité cette institution. Ces modifications ont abouti, en enlevant à la conversion plusieurs de ses intérêts, à atténuer le caractère essentiellement provisoire de la séparation de corps.

Enfin nous avons vu ce caractère encore atténué par le nouveau pouvoir donné au juge en matière de conversion. A cet égard, il est intéressant de consulter un arrêt de la Cour de cassation du 12 janvier 1887 (S., 88, 1,375) rendu sur pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Caen. Ce dernier arrêt, pour prononcer une conversion avait, parmi d'autres motifs, fait valoir les considérations suivantes : « Attendu que le législateur de 1884 a pensé que le divorce était préférable à la séparation de corps et qu'il convient de ne pas maintenir indéfiniment, contre le gré de l'un des époux, une situation fausse qui ne laisse d'autre alternative qu'un célibat rigoureux ou l'adultère ; attendu que l'admission du divorce doit, par suite, être la règle générale et le rejet de la demande une exception qui doit se motiver par des causes graves et particulières... » La Cour de cassation n'a pas cassé l'arrêt, parce que la solution qu'il avait admise trouvait dans d'autres motifs une justification suffisante, et que, d'ailleurs, l'art. 310 donne au juge du fait un pouvoir discrétionnaire pour prononcer ou refuser la conversion. Mais, s'élevant contre la théorie imaginée par la Cour d'appel dans les *attendu* qu'on vient de lire, elle

l'a critiquée en ces termes : « Il est inexact de dire, ainsi que l'a fait l'arrêt attaqué, que, d'après la loi du 28 juillet 1884, le divorce est préférable à la séparation de corps et que, dans l'appréciation à faire par le juge des demandes de conversion de la séparation de corps en divorce, le divorce doit être la règle générale et le rejet de la demande une exception qui devait se motiver par des causes graves et particulières... » M. l'avocat général Desjardins avait conclu en ce sens ; mais, allant encore plus loin, il prétendait que la présence, dans les considérants de l'arrêt attaqué, dès deux motifs cités plus haut, suffisait à en vicier le dispositif et à provoquer la cassation. Quoi qu'il en soit, la répudiation de ces motifs par la Cour suprême semble démontrer qu'elle s'est assimilée la nouvelle conception du législateur.

VU :

Lyon, le 15 mai 1901.

Le Président de la Thèse,

E. BOUVIER.

VU :

Lyon, le 18 mai 1901.

Le Doyen de la Faculté,

E. CAILLEMER.

PERMIS D'IMPRIMER :

Lyon, le 21 mai 1901.

Le Recteur de l'Académie,

Président du Conseil de l'Université,

GABRIEL COMPAYRÉ.

TABLE DES MATIÈRES

INDEX BIBLIOGRAPHIQUE.....	9
PRÉAMBULE.....	43
INTRODUCTION.....	45
CHAPITRE PREMIER. — Les causes....	33
CHAPITRE II. — La procédure.....	49
CHAPITRE III. — Les effets.....	69
SECTION I. — Effets quant aux personnes.....	74
SECTION II. — Effets quant aux biens.....	102
CHAPITRE IV. — La cessation.....	115
CONCLUSION.....	147

Imprimerie MOUGIN-RUSAND. — WALTENER et C^{ie}, successeurs
3, rue Stella — Lyon
